

الحكمة والبركة

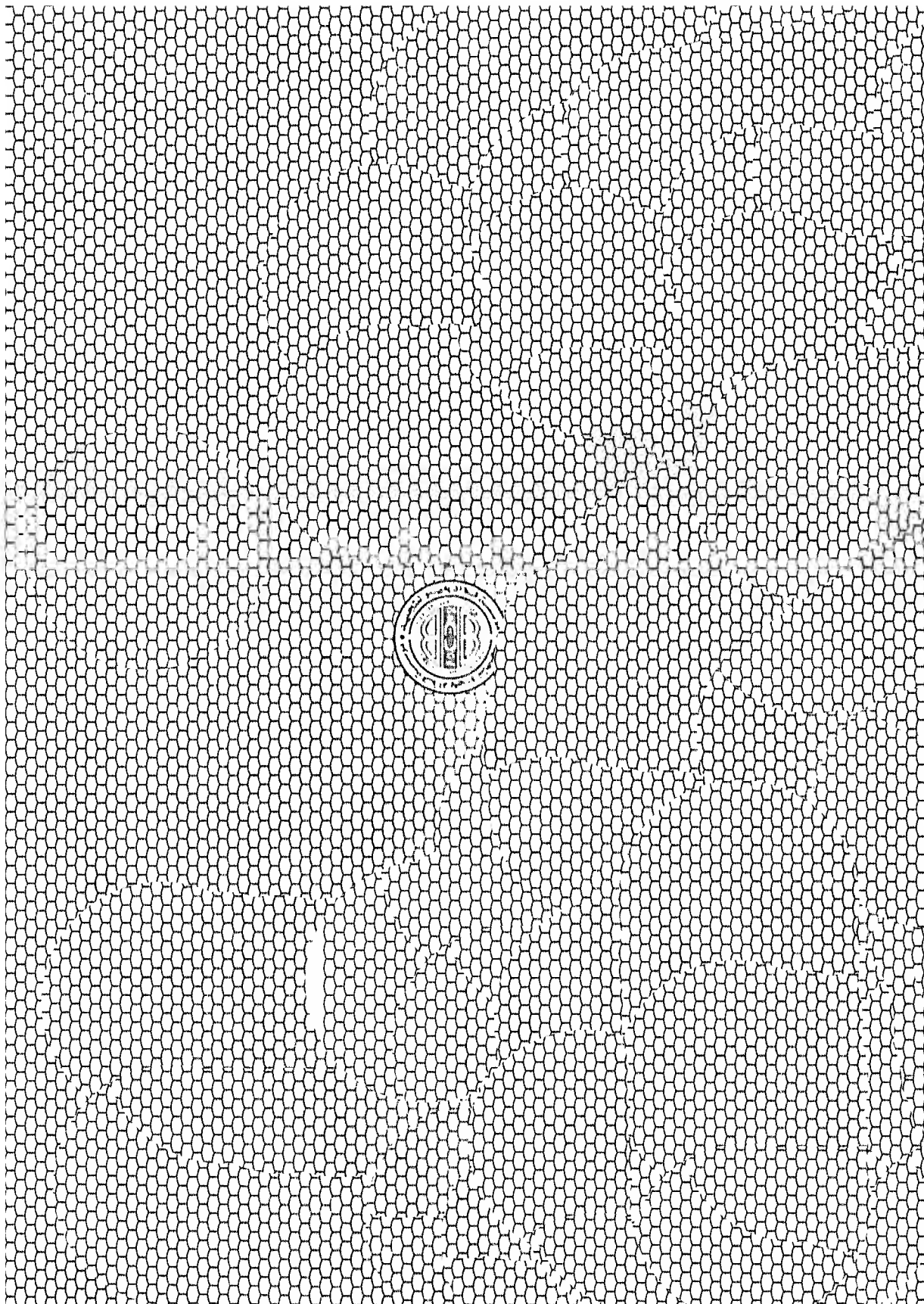
في
أحكام العشرة الطاهرة

تأليف
الفتية الحرف الشيخ يوسف بن أبي
محمّد بن عثمان بن علي بن محمد بن أبي

دار الأحياء
بيروت



0020490





الحائز لقب البصيرة
في أحكام العشرة الطاهرة

الجدائق والبصائر

في أحكام العترة الطاهرة

تأليف

الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني

السنو ١١٨٦ هـ

حَقَّقَهُ وَتَلَقَّى عَلَيْهِ مُحَمَّدُ تَيْقِي الْأَيْرَوَانِي

الجزء الثاني والعشرون

وَلَمْ يَزَلْ خَائِلاً

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الثانية المصححة
١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م

دار الأضواء

بيروت - الغبيرة - مشارف عبد الله الحاج - بناية الترميم
ص.ب. ٢٥/٤٠ - بريقيا، الغبيرة - حائل

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين.

كتاب الوكالة

قال في التذكرة : الوكالة عقد شرع للاستنابة في التصرف ، وهي جائزة بالكتاب ، والسنة ، والاجماع ، أما الكتاب « فقوله سبحانه (١) انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها » فجوز العمل ، وذلك بحكم النيابة عن الشخص ، وقوله تعالى (٢) « فابعثوا أحدكم بورككم هذه الى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطف » وهذه وكالة ، وقوله تعالى (٣) « اذهبوا بقميصي هذا فألقوه على وجه أبي يأت بصيراً » ، فهذه وكالة وأما السنة فمارواه العامة ثم نقل جملة من أخبارهم ، ومنها حديث عروة البارقي (٤) في شراء الشاة ، وحديث وكالته (صلى الله عليه وآله) عمرو بن أمية الضميرى (٥) في قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان ، ووكل أبارافع (٦) في قبول نكاح ميمونة ، ثم نقل حديثنا من طرق الخاصة ، وأحال على الاحاديث الآتية في الكتاب ، الى أن قال : وقد اجتمعت الأمة في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوكالة ، ولأن اشتداد

(١) سورة التوبة - الآية ٦٠ .

(٢) سورة الكهف - الآية ١٩ .

(٣) سورة يوسف - الآية ٩٣ .

(٤) و (٥) و (٦) المستدرک ج ٢ ص ٤٦٢ الباب ١٨ ح ١ و ص ١٠ الباب

٢٠ ح ٣ .

الحاجة الى الوكالة ظاهرة ، اذ لا يمكن لكل أحد مباشرة ما يحتاج اليه من الأفعال فدعت الضرورة الى الاستنابة ، انتهى كلامه .

والكلام في هذا الكتاب يقع في مطالب سبعة :

المطلب الاول في العقد وما يلحق به :

ونحقيق الكلام في ذلك يقع في مسائل : الاولى : قال في التذكرة عقيب الكلام المتقدم : الوكالة عقد يتعلّق به حكم كل واحد من المتعاقدين ، فافتقر الى الايجاب والقبول ، كالبيع والأصل فيه عصمة مال المسلم ، ومنع غيره من التصرف فيه إلا بإذنه ، فلا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له ، وهو كل لفظ يدل على الاذن ، مثل أن يقول و كلك في كذا وفوضت اليك ، واستنتبتك فيه ، وما أشبهه ، ولو قال : و كلكني في كذا فقال : نعم ، وأشار بما يدل على التصديق كفي في الايجاب ، ولو قال : بع واعتق ونحوهما حصل الاذن ، وهذا لا يكاد يسمى ايجاباً بل هو أمر واذن ، وانما الايجاب قوله و كلك واستنتبتك وفوضت اليك وما أشبهه وقوله أذنت لك في فعله ليس صريحاً في الايجاب ، بل اذن في الفعل ، الى أن قال : ولا بد من القبول لفظاً ، وهو كل ما يدل على الرضا بالفعل أو قولاً ، ويجوز القبول بقوله قبلت ، وما أشبهه من الألفاظ الدالة عليه ، وكل فعل يدل على القبول ، نحو أن يأمره بالبيع فيبيع أو بالشراء فيشتري ، لأن الذين وكلهم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره ، ولأنه اذن في التصرف ، فجاز القبول فيه بالفعل ، كأكل الطعام انتهى .

أقول : قد تقدم في غير موضع ما يدل على سعة الدائرة في العقود وأن المعتبر فيها هو كل ما يدل على الرضا من الطرفين بذلك المعقود عليه ، بقي الكلام في قوله « ان قوله بع واعتق لا يسمى ايجاباً ، وانما هو أمر واذن ، وكذا في قوله أذنت لك في فعله ، ليس صريحاً في الايجاب .

ففيه أنه قد صرح أولاً بأن الإيجاب عبارة عن كل لفظ يدل على الرضا بتصرف الغير له ، وهو كل لفظ يدل على الأذن ، وقال : أخيراً في تعليل صحة القبول الفعلي ، ولأنه أذن في التصرف ، فجاز القبول فيه بالفعل ، وتقدم في كلامه السابق عد الآية ، وهي قوله عز وجل (١) « اذهبوا بقميصي » وقوله تعالى (٢) « فابعثوا أحدكم بورقكم » عن باب الوكالة ، وقال : أيضاً بعد هذا الكلام الذي نقلناه وقد وكل النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عروة البارقي (٣) في شراء شاة بلفظ الشراء ، يعنى اشتر ، وهو مثل لفظ بع الذي منع منه هنا ، وقال : قال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف ، ثم ذكر الآية ثم قال : دل على الأذن فجري مجرى قوله وكلتكم ، ومقتضى ذلك كون المثالين المذكورين ، وقوله أذنت لك كذلك .

وبالجملة فإن المستفاد من كلامهم هو سعة الدائرة ، في هذا العقد زيادة على غيره من العقود من حيث أنه من العقود الجائزة ، فلا يختص بالفاظ مخصوصة ، بل يكفى كل ما دل على الرضا بالاستئابة .

قال في المسالك : لما كان عقد الوكالة من العقود الجائزة صح بكل لفظ يدل على الاستئابة وإن لم يكن على نهج الالفاظ المعتبرة في العقود ، وينبه عليه قول النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لعروة البارقي « اشتر لنا شاة » وقوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (٤) « فليأتكم برزق منه » ومنه بع ، واشتر ، واعتق ، وأذنت لك في كذا ، ونعم ، عقيب الاستفهام التقريري ، كو كلتني في كذا ، لأنها نائبة مناب وكلتكم ، وكذا الإشارة الدالة على المراد الواقعة جواباً ، فانها وإن لم تفد جواباً صريحاً ولم يحصل النطق به ، إلا أنه بمنزلته في الدلالة ، فيكفى فيه التوسع في مثل هذا العقد ، انتهى وهو جيد .

(١) سورة يوسف - الآية ٩٣ .

(٢) سورة الكهف - الآية ١٩ .

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٦٢ الباب ١٨ ح ١ .

(٤) سورة الكهف - الآية ١٩ .

ثم ان ظاهر كلامهم هنا الاتفاق على الأكتفاء بالقبول الفعلي ، وان اختلفوا فيه في غيره من العقود سيما العقود اللازمة كما تقدم ذكره في جملة من العقود ، وذلك بأن يوكله في البيع أو الشراء ، فيبيع أو يشتري من غير لفظ يدل على القبول ، قالوا : والوجه في ذلك أن المقصود عن الوكالة الاستنابة ، والاذن في التصرف ، وهو اباحة ورفع حجر ، فأشبهه اباحة الطعام ، ووضعه بين يدي الآكل ، فانه لا يفترق الى القبول اللفظي .

بقي الكلام في أن ظاهر ما قدمنا نقله عنه من قوله « وكل فعل يدل على القبول » الى آخره يدل على أن القبول الفعلي هو فعل ما تعلقت به الوكالة ، وهو الذي صرح به غيره من الأصحاب أيضاً الا أنه قال بعد هذا الكلام والقبول يطلق على معنيين : أحدهما الرضا والرغبة فيما فوض اليه ، ونقيضه الرد ، والثاني اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع ، وسائر المعاملات ، ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الاول ، حتى لو رد وقال : لأقبل أو لا أفعل ، بطلت الوكالة ولو ندم وأراد أن يفعل أو يرجع ، بل لا بد من استيناف اذن جديد مع علم الموكل ، لأن الوكالة جائزة من الطرفين ، يرتفع في الالتزام بالفسخ انتهى .

وظاهر هذا الكلام أنه لا يكفي مجرد الفعل لما تعلقت به الوكالة ، بل لا بد من اقترانه بالرضا والرغبة و وقوعه قبل أن يرد ، ومقتضى الكلام الأول هو صحة الوكالة متى فعل ما وكل به لأن بذلك يحصل القبول ، وينضم الى الإيجاب المتقدم وان رد أولاً ، وقال : لأقبل ، والفسخ إنما يكون بعد تمام العقد بالقبول ، وما لم يفعل أو يقبل باللفظ فلا معنى للفسخ ، لعدم حصول العقد .

ويؤيد ما ذكرناه عموم أدلة الوكالة مثل قوله ﷺ (١) « الوكالة ثابتة حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول » على أن انعزاله بعزله نفسه بعد تمام

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٤٧ ح ٣٣٨١ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٨٥ ح ١ .

العقد مع عدم عزل الموكل له محل منع ، كما سيأتى التنبيه عليه ان شاء الله تعالى في محله .

ثم ان ظاهر ما ذكره من الاكتفاء في الايجاب بما يدل على الوكالة ، ولو بالاشارة هو الاكتفاء بالكتابة أيضاً ، قال في المسالك : وما ذكره المصنف والجماعة من الاكتفاء في الايجاب بالاشارة اختياراً يقتضى الاكتفاء بالكتابة أيضاً ، لاشتراكهما في الدلالة مع أمن التزوير انتهى .

أقول : والذي وقفت عليه من أخبارهم عليهم السلام في المقام مارواه الصدوق عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل قال لآخر اخطب لي فلانة ، فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك ، فذهب فخطب له ، وبذل الصداق . الحديث ومارواه عن حماد عن الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوموا عليه قيمة فيقولون بع فما ازددت فلك الى أنه قال في امرأة ولت أمرها رجلاً فقالت : زوجني فلاناً الحديث ، وفيه أنه بعد أن قال الزوج على المهر زوجها من نفسه فأبطل عليه السلام التزويج ، وموثقة سماعة (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يحمل المتاع لأهل السوق ، وقد قوموا عليه قيمة فيقولون : بع فما ازددت فلك ، فقال لا بأس بذلك .

وفي صحيحة زرارة (٤) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل يعطي المتاع فيقول ما ازددت علي كذا فهو لك فقال : لا بأس . »

وفي صحيحة محمد بن مسلم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « انه قال في رجل

(١) و (٢) الفقيه ج ٣ ص ٤٩ ح ٤ و ص ٥٠ ح ٦ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٦

ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٨ ح ١ و ص ٢٩٠ ح ١ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٤٥ ح ٢٩ ، الكافي ج ٥ ص ١٩٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧

ص ٥٤ ح ٣٣ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ ح ٣٢ و ٣١ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٢ ص ٣٨١ ح ٣ و ٢ و ١ .

قال لرجل : بع ثوباً بعشرة دراهم فما فضل فهو لك ، قال : ليس به بأس .
والعقود في هذه الأخبار كلها كما ترى من قبيل ما تقدم من قوله بع واعتق واشتر ، ونحو ذلك مما يدل على الإذن والاستنابة ، وليس في شيء منها ما يتضمن القبول لفظاً وإنما تضمنت المبادرة إلى امتثال ما أمر به ، لكنه في الحديث الثاني حيث خالف مقتضى الأمر وزوجها من نفسه أبطل عليه السلام التزويج .
ونحو ذلك في صحيحة هشام (١) عن أبي عبد الله عليه السلام : إذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك ، الحديث .
وقوله في موثقة اسحاق بن عمار (٢) عنه عليه السلام « قال : سألته عن الرجل يبعث إلى الرجل فيقول : ابتع لي ثوباً فيطلب له في السوق الحديث .
وفي الثانية منهما دلالة على ثبوت الوكالة من الغائب بالمكاتبة أو الإرسال على لسان شخص آخر كما تقدم ذكره .
وفي رواية هشام بن سالم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وكل آخر على وكالة في أمضاء أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لأمضاء الأمر ، الحديث .
وهو ظاهر في الاكتفاء بالقبول الفعلي وإطلاق هذه الأخبار ظاهر فيما هو المشهور من حصول القبول الفعلي بالانبيان بما تعلقت به الوكالة ، خلافاً لما تقدم نقله عن التذكرة من اشتراط الرضا والرغبة .
وفي رواية العلاء بن سيابة (٤) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً أن يزوجه من رجل ، فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك ، فذهب الوكيل فزوجها ، الحديث .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٦ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٨ ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٢ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢ و ص ٢١٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٨٦ ح ١ و ٢ .

وهذا الخبر مما يدل على القبول لكنه أعم من أن يكون بلفظ قبلت ونحوه ،
أو بمجرد اظهار الرضا ، وفي صحيحة أبي ولاد الحنات (١) « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام
عن رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة بالمدينة ، وسما هاله ، والذي أمره بالعراق
فخرج المأمور فزوجها إياه » الحديث .

ورواية الحذاء (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً أن يزوجه
امرأة من البصرة من بني تميم ، فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم ، قال :
خالف أمره » الحديث .

وفي هذين الخبرين دلالة على ما دلت عليه الأخبار المتقدمة من قوله :
« زوجني أو اخطب لي » والقبول فيهما إنما وقع بالإتيان بما أمر به ، لكنه في
الثاني أبطل الوكالة من حيث المخالفة .

وفي رواية محمد بن عيسى (٣) « أنه بعث إليه أبو الحسن الرضا عليه السلام بثلاثمائة
دينار إلى رُحْم امرأة كانت له ، وأمره أن يطلقها عنه ويمتعها بهذا المال » وفيها
دلالة على ما قدمنا ذكره من ثبوت الوكالة عن الغائب بالكتابة أو الإرسال على
لسان شخص ، إلى غير ذلك من الأخبار التي يقف عليها المتتبع ، ولا يخفى على من
تتبع الروايات الخاصة والعامة أن ما اشتملت عليه من عقود الوكالة ليس فيها
أزيد من الأوامر بما يريد الموكّل مما يدل على الأذن له في التصرف ، وليس
فيها لفظ « وكلتك » ولا نحوه من تلك الألفاظ ، وكذا في جانب القبول ليس فيها
أزيد من الرضا بذلك ، والمبادرة إلى فعل ما وكل فيه ، وكأنهم إنما أخذوا هذا
اللفظ واشتقوه من لفظ الوكالة فعبروا به ، وعبروا بالقبول من حيث الدلالة على
الرضا الذي هو الأصل في صحة العقد ، فسرى الوهم إلى ترجيح الفرع على الأصل .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٧١ ح ٧٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٣ ح ١٥٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٤ ح ٤٤ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٤٠ ح ٤٠ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٤ ص ٢٣٠

ح ١ و ص ٢٢٨ ح ١ و ج ١٠ ص ٤١٠ في تعليقه ح ٦ .

أقول : ويستفاد من موثقة اسحاق بن عمار ، وصحيحة أبي ولاد عدم فورية القبول في عقد الوكالة ، والظاهر أنه اتفقي عندهم ، كما يفهم من التذكرة حيث أسنده الى أصحابنا ، وجوز تراضيه الى سنة ، ومما ذكر يعلم ضعف مناقشة المسالك للمصنف حيث ان المصنف استدل على جواز تأخير القبول ، بأن الغائب له أن يوكل ، والقبول متأخر ، وأورد عليه أن جواز توكيل الغائب فرع جواز التراخي في القبول ، اذ لو قلنا بفوريته لم يصح .

وفيه ان المصنف إنما استدل بتوكيل الغائب بناء على النص الدال على ذلك كما ذكرناه ، ومتى ثبت ذلك بالنص في الغائب ثبت في غيره بتنقيح المناط ، إذ لا خصوصية للغائب بذلك ، مع تأيد ذلك باطلاق جملة من أخبار الوكالة أيضاً والله سبحانه العالم .

الثانية لاختلاف بين الأصحاب في اشتراط التنجيز في الوكالة ، فلو علقها على شرط يمكن وقوعه وعدم وقوعه ، مثل « ان قدم زيد » أو على صفة وهي ما لو كان وجوده في المستقبل محققاً كطلوع الشمس ، ومجيئ رأس الشهر بطلت .

قال في التذكرة : لا يصح عقد الوكالة معلقاً بشرط ، أو وصف ، فان علقتهما بطلت ، مثل أن يقول : « إن قدم زيد » أو « إن جاء رأس الشهر وكلتكم » عند علمائنا ، وهو أظهر وجهي الشافعية ، انتهى .

والظاهر أن مرجع ذلك الى أنه لا يجوز توقيف حصول الوكالة على شيء من هذين الأمرين ، سواء كان مقروناً بأداة الشرط مقدماً أو مؤخراً ، مثل « إن كان كذا فأنت وكيل » أو « أنت وكيل إن كان كذا » أو غير مقرون بها مثل « وكلتكم بشرط مجيء زيد » هذا .

والظاهر أنه لاختلاف أيضاً في أنه لو تنجزت الوكالة وشرط تأخير التصرف كأن يقول « وكلتكم في كذا ، ولا تتصرف إلا بعد شهر » ، فانه يجوز ، ونقل الاجماع عليه في التذكرة أيضاً ، وكذا الظاهر أنه لانزاع عندهم في جواز التوقيت ، مثل أن

٢٢ج في بيان عدم الدليل على اشتراط التنجيز غير الاجماع المدعى ١١

يقول : و كلتك شهراً ، وأنه لا يكون بعد تمامه و كيلاً ، وأنت خير بأنه لافرق عند التأمل بعين التحقيق بين التعليق على الصفة ، وهو قولنا : و كلتك ان جاء رأس الشهر ، أو ان طلعت الشمس ، وبين التنجيز الذي ذكره مع شرط التأخير كأن يقول و كلتك ، ولا تصرف إلا بعد شهر ، فانا لانعرف لهذا التنجيز هنا معنى ، ولا ثمرة مع هذا الشرط ، والمسئلة من أصلها عارية من النص .

وحينئذ فالظاهر أن الفارق إنما هو الاجماع المدعى في التذكرة في كل من الموضعين ، وأما ما ذكره في المسالك حيث قال بعد ذكر المسئلة الثانية : وهي مالو نجز الوكالة ، و شرط تأخير التصرف جاز ، والوجه أن منعه من التصرف في الوقت المعين شرط زائد على أصل الوكالة المنجزة ، وهي قابلة للشرط السايغة ، وهذا وإن كان في معنى التعليق الا أن العقود لما كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط ، وبطلت فيما خرج عنها ، وان أفاد فائدتها ، انتهى .

ففيه أنه أي نص دل هنا على ما ذكره من بطلان العقد بالتعليق على الشرط ، أو الصفة المذكورين في كلامهم ، وأي نص دل على اشتراط التنجيز الذي ذكره .

وبالجملة فانه لامستند لكل من المسئلتين ، ولالفرق بينهما الا الاجماع المدعى ، والى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الأردبيلي قال : ثم اعلم أن الاصل وعموم أدلة التوكيل - وكونه جائزاً ، ومبناه على المساهلة ، دون الضيق ، وما تقدم في عبارة التذكرة من أنه اذن وأمر وأنه مثل الاذن في أكل الطعام ولاشك في جواز تعليقه مثل ان جئت فأنت مأذون في الاكل ونحوه مع عدم مانع ظاهر - يدل على جواز التعليق ، ويؤيده جواز التعليق في العقود الجائزة مثل القراض ، بل هو وكالة بجعل ، والعارية وغيرها ، انتهى .

وبالجملة قمقتضى اطلاق روايات الوكالة وعمومها هو الصحة مطلقاً وتخصيصها يتوقف على الدليل ، وليس الا الاجماع ، فمن ثبت عنده حجية الاجماع وأنه

دليل شرعي فله أن يخصص به عموم تلك الأخبار ، والا فالعمل على ما دلت عليه تلك العمومات ، بقي الكلام في أنه متى حكمنا ببطلان العقد بتعلقه على الشرط ، فهل يجوز له التصرف بعد حصول الشرط ، أم لا ؟ قرب في التذكرة الجواز ، وجعله في القواعد احتمالاً .

قال في التذكرة : قد بينا بطلان الوكالة المعلقة ، فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط فالأقرب صحة التصرف ، لان الأذن حاصل لم يزل بفساد العقد ، وصار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً ، فقال : بع كذا على أن لك العشر من ثمنه ، فانه يفسد الوكالة ، ولكن ان باع يصح الشرط ، ثم اعترض على نفسه بعدم ظهور فائدة للفساد ، فقال : ان قيل لا فائدة حينئذ للفساد على تقدير صحة التصرف التي هي ثمرة صحة عقد الوكالة ، فاذا وجدت مع القول بالفساد فلا ثمرة في القول بالبطلان ، بل لامعنى للبطلان حينئذ ، إذ البطلان في المعاملات عدم ترتب الأثر ، وقد قيل : هنا بالترتيب مع الفساد ، ثم أجاب بأنه تحصل الفائدة في سقوط الجعل المسمى في عقد الوكالة ان كان ، والرجوع الى أجره المثل كما في المضاربة الفاسدة ، فإنه تبطل الحصّة المسماة ، ويرجع الى أجره المثل ، وكذا الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق ، ويوجب مهر المثل ، وان لم يؤثر في النكاح ، انتهى ملخصاً .

واعترضه في المسالك بأن الوكالة ليست أمراً زائداً على الاذن ، والجعل المشروط ليس جزءاً منها ، وانما هو شرط زائد عليها لصحتها بدونه ، بخلاف المضاربة فان اشتراط الحصّة شرط في صحتها ، ولأنه لو تم ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فسادها بوجه آخر ، كقول الوكيل نفسه مع علم الموكّل به وسكوته ، فان الاذن حاصل منه ، فلا يرتفع بفسخ الوكيل ، ولأن العقد حينئذ فاسد قطعاً ، ولا معنى للفساد إلا ما لا يترتب عليه أثره ، ولأن الاذن المطلق انما وجد في ضمن الوجه المخصوص ، إذ لا وجود للكلي إلا في ضمن جزئياته ، ولم يوجد منها إلا هذا الجزئي فاذا ارتفع ارتفع الكلي ، ثم قال : وللتوقف في هذا الحكم مجال ، انتهى .

أقول : ويزيده تأييداً أن مقتضى كلام العلامة المذکور أن ثمرة ما ذكره انما تظهر في صورة ما إذا كان العقد مشتملاً على جعل وإلا فمع عدم اشتماله على ذلك فانه لا يظهر للحكم بالبطلان فائدة ، ولا أثر يترتب عليه ، وحينئذ لا يكون ما ذكره كلياً ، ويتم ما أورده على نفسه ، وعلى هذا يجب القول بصحة العقد حينئذ ، وليس ذلك إلا من حيث بطلان اشتراط التنجيز الذي جعلوه شرطاً في صحة الوكالة ، ولأنه إذا حكم بفساد الوكالة من حيث كون عدم التعليق شرطاً في صحتها ، فمع التعليق المذکور يجب الحكم بالبطلان ، لفوات شرط الصحة ، فكيف يصح التصرف حينئذ الذي هو ثمرة الصحة ، ويحكم باستحقاق الأجرة ، وكيف تظهر الفائدة فيما ذكره ، مع أنه يرجع الى القول بعدم اشتراط التنجيز ، وعدم البطلان مع التعليق ، بل تصح فيها إذا لم يكن جعل ، بل معه أيضاً ، وإنما يبطل الجعل خاصة ، على أن ما ادعاه من الصحة - استناداً الى الاذن وأنه لم يزل بفساد العقد ، - قد عرفت ما فيه من كلام المسالك ، وتوضيحه أن الاذن إنما علم على تقدير الشرط الذي اشتملت عليه عبارة العقد ، والحال أنه قد حكم ببطلانها ، وليس هنا ما يدل على الاذن غيرها ، ولزوم الأجرة على هذا أيضاً ممنوع ، كما تقدمت الاشارة اليه ، لأنه إنما تلزم لو فعل ما وكل فيه على ما أمر ، والحال أن ذلك الأمر قد بطل .

وبالجملة فان الحكم بالصحة لا يتجه ولا يتم إلا بناءً على عدم اشتراط التنجيز ، وهو ليس ببعيد ، كما عرفت من أنه لا دليل على هذا الشرط غير الاجماع المدعى ، مع ما عرفت من المجازفة في أمثال هذه الاجاعات ، والله العالم .

الثالثة : اختلف الاصحاب في مالو وكله في شراء عبد هل يفتقر الى وصفه لينتفي الغرر أم لا ؟ وبالاول قال في المبسوط وجماعة منهم الشرايع ، قال في المبسوط : إذا وكله في شراء عبد وجب وصفه ، ولو أطلق لم يصح لما فيه من الغرر ، ونحو عبارة الشرايع ، وقيل : بالعدم ، وهو اختيار المسالك والمختلف وغيرهما ، وحجة

الأولين ما عرفت من الغرر ، لأن العبد المطلق متوغل في الابهام ، وصادق على أصناف مختلفة ، فلا بد من وصفه ببعض الأوصاف المزیلة للجهالة ، ولوني الجملة ككونه تركياً أوزنجياً ولا يجب استقصاء الأوصاف الرافعة للجهالة بالكلية .

وأجاب الآخرون بأن الغرر يندفع بمراعات الوكيل المصلحة في شرائه ، فان الاطلاق محمول شرعاً على الاستنباط في شراء عبد يكون شرائه مشتملاً على مصلحة للموكل ، ويتخير الوكيل حيث توجد المصلحة في متعدد كذا ذكره في المسالك ، وفي المختلف أجاب بأن الاطلاق ينصرف الى شراء الصحيح بثمن المثل .

وظنى أن شيئاً من هذين الجوابين لا يفي بالمطلوب ، أما الاول : فلأن مراعاة مصلحة الموكل فرع العلم بفرضه ومطلوبه من شراء ذلك العبد ، والمفروض أعم من ذلك ، وأما الثاني فان دفع الغرر لا ينحصر في ما ذكره ، وقد ذكرنا في كتاب البيع ولاسيما في السلم من توقف صحة البيع على الوصف الرافع للغرر ما هو ظاهر في تأييد ما قلناه .

وبالجملة فالاحتياط يقضي الوقوف على ما ذهب اليه الشيخ ومن تبعه ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : الظاهر أنه لاخلاف في أن الوكالة من العقود الجائزة من الطرفين فيجوز لكل منها العزل والفسخ قال في التذكرة : العقود أربعة أضرب : الأول : عقد لازم من الطرفين لا يفسخ بفسخ أحد المتعاقدين ، وهو البيع ، والاجارة ، والصلح ، والخلع ، والنكاح .

الثاني : عقد جائز من الطرفين وهو الوكالة ، والشركة ، والمضاربة ، والجمالة ، فلكل منهما فسخ العقد في هذه .

الثالث : عقد لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن ، فانه لازم من طرف الراهن ، جائز من طرف المرتهن ، والكتابة عند الشيخ جائزة من طرف العبد ، لأن له أن يعجز نفسه ، ولازمة من جهة المولى .

الرابع : المختلف فيه ، وهي السبق والرماية ان قلنا أنهما اجارة ، كان لازماً ، وان قلنا أنهما جعالة ، كان جائزاً ، ولا تعلم خلافاً من أحد من العلماء في أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ، لأنه عقد على تصرف مستقبل ، ليس من شرطه تقدير عمل ، ولا زمان ، فكان جائزاً كالجعالة ، فان فسخها الوكيل انفسخت ، وبطل تصرفه ، وان فسخها الموكل فكذلك ، الى أن قال : ولا خلاف في أن العزل يبطل الوكالة ، انتهى .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مقامين : الأول : في عزل الوكيل نفسه ، وقد عرفت أنه لا خلاف فيه ، قالوا : ولا فرق في بطلان الوكالة بعزله نفسه ، بين اعلام الموكل وعدمه ، بخلاف عزل الموكل له لما سيأتى - ان شاء الله تعالى - في المقام الثاني ، ومقتضى ذلك أنه لا ينفذ تصرفه بعد عزله نفسه ، وقبل علم المالك ، لأن مناط صحة التصرف هو العقد ، والمفروض أنه صار باطلاً بعزله نفسه ، الا أنه قد صرح جملة منهم بأنه يحتمل توقف انعزاله على علم الموكل ، وحينئذ فيجوز له التصرف قبل بلوغه ، عملاً بالاذن العام الذي تضمنه الوكالة ، بل يحتمل ذلك مع بلوغه أيضاً ، لاصالة بقاء الاذن ، ومجرد علمه بالرد لا يدل على بطلانه من قبل الاذن ، قالوا : ولو اكتفينا في قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان ، قوي هذا الاحتمال جداً لأنها حينئذ تصير مجرد اذن وإباحة ، ويجوز مع ذلك اطلاق العقد عليها ، بحيث أن قبولها بالقول يصح ، ويترتب عليه أثر في الجملة ، وبهذا الاحتمال قطع في القواعد مع جهل الموكل بالرد . أقول : قد عرفت مما قدمناه من الأخبار أنه ليس فيها ما يدل على ما ذكره من القبول اللفظي الذي أدخلوا به الوكالة في باب العقود ، وإنما دلت تصريحاً في بعض وتلويحاً في آخر على القبول بالاثبات بالفعل المأمور به ، وان أدخلوها بذلك في باب الاذن والإباحة دون باب العقود ، كما أنه لا دلالة في شيء منها على ما اعتبروه من صيغ الإيجاب التي ذكروها ، وعدوا بها الوكالة

من باب العقود كلفظ وكتلك ونحوه ، وإنما اشتملت على مجرد الاذن والأمر الذي هو عندهم أيضاً من باب الإباحة .

وبذلك يظهر لك أن الأظهر والأقوى بالنظر إلى مراجعة الأخبار والعمل بما دلت عليه هو أنه بعزله نفسه - علم المالك أو لم يعلم - لا تبطل الوكالة ، لبقاء الاذن المفهوم من تلك الأوامر التي اشتملت عليها الأخبار ما لم يعزله المالك ، ويصرح بعزله .

وبالجملة فاني لم أقف على دليل من النصوص يدل على البطلان بعزله نفسه ، غير ما يدعونه من الاجماع ، ومقتضى النصوص المذكورة وعموم أدلة الوكالة هو البقاء على مقتضاها ، حتى يثبت المخرج من ذلك ، والمانع منه ، وليس الاعزل الموكل ونحوه مما سيأتي ، وأما عزله نفسه وكونه مبطلالها فلم أقف فيه على نص ، ومجرد كونها من العقود الجائزة لا يوجب ما ذكره من بطلانها بعزله نفسه ، وأنه فسخ لها ، بل غاية ما يوجب أنه لا يلزمه شرعاً ولا يجب القيام بذلك ، كما هو مقتضى العقود اللازمة ، بل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ، وعدم مشية الفعل في وقت عزله نفسه ورده لها ، لا يوجب منعه من الرجوع متى أراد ، الا أن يعزله الموكل .

قال في المسالك - في بيان تطبيق ما قدمنا نقله عنهم من الاحتمال الدال على جواز التصرف على ما ذكره في أصل المسئلة ، من بطلان الوكالة وعدم جواز التصرف مالم يظله - : ويمكن الجمع بين كونها عقداً جائزاً تبطل بالرد ، وعدم بطلان التصرف بالرد ، بأن يحكم ببطلان الوكالة الخاصة وما يترتب عليها من الجعل لو كان ، وبقاء الاذن العام .

أقول : لا يخفى ما فيه من التكلف البعيد ، بل التحمل الغير السديد ، اما أولاً فيما أشرنا اليه آنفاً من أنه لا منافاة بين كونها عقداً جائزاً وبين كونها صحيحة مع الرد ، وعزله نفسه ، لأن جوازها ليس الا بمعنى عدم وجوب القيام

بها ، وعدم ترتب المؤاخذة على تركها ، وهذا لا ينافي جواز الرجوع اليها بعد تركها والاعراض عنها .

وثانياً أن ما ذكره من الحكم يبطلان الوكالة الخاصة وبقاء الاذن العام مردود بما قدمنا نقله عنه في المسئلة الثانية في مقام الرد على كلام التذكرة ، من قوله ان الوكالة ليست أمراً زائداً على الاذن ، وهذا هو الذي عضدته الأخبار المتقدمة ، فانه ليس فيها مزيد من الأوامر الدالة على طلب تلك الأشياء المذكورة من قوله اشتر ، وبع ، واخطب ، وطلق ، ونحو ذلك الراجع جميعه الى الاذن في مباشرة هذه الأمور ، وهذه صيغ الوكالة التي اضطرب فيها كلامهم ، وقبولها إنما هو عبارة عن امثال تلك الأوامر والمسارة الى الاتيان بها ، وليس في شيء منها لفظ وكلت وقبلت ولا نحوهما ، ولكنهم لعدم مراجعة الأخبار في هذه الأبواب والجري على أبحاث العامة تلبس عليهم كثير من الاحكام .

وبالجملة فان كلامهم في هاتين المسئلتين لا يخلو من تناقض واضطراب ، ولا سيما شيخنا العلامة ، فانه أطلق القول بالبطلان في المسئلتين في التحرير والارشاد ، وهو ظاهر الشرايع أيضاً ، وجزم في القواعد بصحة التصرف هنا ، وجعله احتمالاً في مسئلة بطلان الوكالة بالتعليق على الشرط ، وعكس في التذكرة كما قدمنا نقله عنه في تلك المسئلة ، فاستقرب بقاء الاذن الضمني وجعل بقاءه هنا احتمالاً فصار في المسئلة ثلاثة أقوال .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسئلة الاولى التوقف ، كما مر في عبارته وربما ظهر منه هنا الترجيح لما ذهب اليه في القواعد ، حيث قال هنا ويمكن بناء هذا الحكم على ما تقدم من أن بطلان الوكالة هل يقتضي بطلان الاذن العام أو لا ؟ وقد مر تحقيقه لاشتراكهما في بطلان الوكالة هناك ، لعدم التنجيز ، وهنا لعدم القبول ، الا أن الحكم هنا لا يخلو عن رجحان على ذلك ، من حيث أن الاذن صحيح جامع للشرايط ، بخلاف السابق فانه معلق ، وفي صحته ما قد

عرفت ، ومن ثم جزم في القواعد ببقاء صحته هنا وجعل الصحة هناك احتمالاً انتهى .
أقول : وأنت اذا تأملت فيما حققناه في المسئلتين بعين التحقيق ، وأطرح
ما ادعوه من هذه الاجماع ورجعت الى الأخبار التي هي السبيل الواضح الى الاحكام
الشرعية والطريق ، ظهر لك المخرج من هذا الاشكال ، والنجاة من هذا المضيق ،
والله سبحانه العالم .

المقام الثاني في عزل الموكل له : وقد اختلف الأصحاب في انعزال الوكيل
بعزل الموكل له ، فذهب جمع منهم الشيخ في النهاية وأبو الصلاح ، وابن البراج ،
وابن حمزة ، وابن ادريس الى أنه لا ينعزل الاباعلامه بالعزل مشافهة ، أو اخبار
ثقة ، ومع عدم امكان الاعلام فيكفي الاشهاد على ذلك ، فالانعزال دائر بين الاعلام
والاشهاد مع عدم امكانه ، وبدون ذلك لا ينعزل والمشهور بين المتأخرين وهو قول
الخلاف أنه لا ينعزل الا بالاعلام ، وقيل : انه ينعزل بمجرد العزل ، وان لم
يعلمه ولم يشهد على ذلك ، وهو قول القواعد .

والذي وقفت عليه من الأخبار في المسئلة مارواه في الفقيه والتهذيب عن
العلابن سيابة (١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجه
من رجل ، فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك ، فذهب الوكيل فزوجها ، ثم أنها
أنكرت ذلك الوكيل ، وزعمت أنها عزلته عن الوكالة ، فأقامت شاهدين أنها
عزلته ، فقال : ما يقول من قبلكم في ذلك ؟ قلت : يقولون : ينظر في ذلك ،
فان كانت عزلته قبل أن يزوجه فالوكالة باطلة ، والتزويج باطل ، وان عزلته وقد
زوجها فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل وعلى ما اتفق معها من الوكالة اذا لم
يتعد شيئاً مما أمرت به واشترطت عليه في الوكالة ، قال : ثم قال : يعزلون
الوكيل عن وكالتها ولا تعلمه بالعزل ، فقلت : نعم : يزعمون أنها : لو وكلت

(١) الفقيه ج ٣ ص ٤٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣

رجلا وأشهدت في الملاء وقالت في الملاء اشهدوا أنني قد عزلته بطلت ركالته ،
بلا أن تعلم العزل ، وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة . وفي غيره
لا يبطلون الوكالة ، الا أن يعلم الوكيل بالعزل ، ويقولون : المال منه عوض لصاحبه
والفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد ، فقال عليه السلام سبحانه الله ما أجور هذا
الحكم وأفسده ، ان النكاح احرى واخرى أن يحتاط فيه ، وهو فرج ومنه يكون
الولد ، ان علياً عليه السلام أتته امرأة مستعديّة على أخيها ، فقالت : يا أمير المؤمنين وكلت
أخي هذا بأن يزوجني رجلاً فأشهدت له ثم عزلته من ساعته تلك فذهب وزوجني
ولي بيته أنني قد عزلته قبل أن يزوجني ، فأقامت البيّنة ، وقال الأخ :
يا أمير المؤمنين عليه السلام انها وكلتني ولم تعلمني انها عزلتني عن الوكالة حتى
زوجتها كما أمرتني به ، فقال لها ما تقولين ؟ فقالت : قد أعلمته يا أمير المؤمنين
فقال لها : ألك بيّنة بذلك ؟ فقالت : هؤلاء شهود يشهدون باني قد عزلته فقال
أمير المؤمنين عليه السلام لهم ما تقولون ؟ قالوا : نشهد انها قد قالت اشهدوا أنني قد عزلت
أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً واني مالكة لامري من قبل أن يزوجني
فلاناً فقال : أشهد تكم على ذلك بعلم منه ومحضر ، قالوا : لا ، قال فتشهدون
انها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة ؟ قالوا : لا ، قال : أرى الوكالة ثابتة ، والنكاح
واقعا أين الزوج فجاء فقال خذبيدها بارك الله لك فيها ، فقالت : يا أمير المؤمنين
احلفه أنني لم أعلمه العزل وأنه لم يعلم بعزلي اياه قبل النكاح قال : وتحلف ؟ قال :
نعم يا أمير المؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح .

وما رواه في الفقيه عن ابن أبي عمير عن هشام بن سالم (١) وطريقه الى ابن
أبي عمير صحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من
الامور وأشهد له بذلك شاهدين ، فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر فقال : اشهدوا
أنني قد عزلت فلاناً عن الوكالة ، فقال : ان كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل

عليه قبل العزل عن الوكالة فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل ، كره الملوكل أم رضي ، قلت : فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه ؟ قال : نعم ، قلت : فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ، ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء ؟ قال : نعم ، ان الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه ، أو يشافه بالعزل عن الوكالة ، ورواه الشيخ في التهذيب بسند فيه العبيدي (١) .

ومارواه في الفقيه عن ابن مسكان عن أبي هلال الرازي (٢) قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت ، وطهرت ، وخرج الرجل فبداله فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به ، وأنه بداله في ذلك ، قال : فليعلم أهله وليعلم الوكيل .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام : قال : من وكل رجلاً على أمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول ، فيها ، وطريقه في الفقيه الى معاوية بن وهب صحيح ، فتكون الرواية فيه صحيحة .

وأنت خير بما في هذه الأخبار من الدلالة الصريحة على القول المشهور بين المتأخرين ، وقد اشتملت روايه العلابن سيابة على ما يؤذن ببطلان ما ذهب اليه في القواعد ، لقوله عليه السلام في الرد على العامة يعزلون الوكيل عن الوكالة ولا تعلمه بالعزل الى آخره ، وكذا بطلان قول النهاية ومن تبعه من الاكتفاء بمجرد الاشهاد مع عدم امكان الاعلام ، كما يفهم من حكم أمير المؤمنين عليه السلام في قضية المرأة المذكورة ونحوها صحيحة هشام بن سالم (٤) .

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢ .

(٢) والفقيه ج ٣ ص ٤٨ ح ٢ و ص ٤٧ ح ١ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٤

ح ٤ و ص ٢١٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٨ باب ٣ و ص ٢٨٥ باب ١ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٤٩ ح ٥ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ١

بقى هنا شيء وهو أن ظاهر عبارة الخلاف وجود الرواية بالانعزال بمجرد العزل ، كما ذهب اليه في القواعد ، حيث قال : اذا عزل الموكل وكيله من الوكالة في غيبة عن الوكيل ، لأصحابنا فيه روايتان أحديهما أنه ينعزل في الحال ، وان لم يعلم الوكيل وكل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلا ، وهو أحد قولي الشافعي ، والثانية أنه لا ينعزل حتى يعلم الوكيل ذلك ، وكل ما يتصرف فيه يكون واقعا موقعه الى آخره .

وأنت خير بأن هذه الرواية لم تصل إلينا ولم ينقلها أحد غيره وبذلك اعترف في المختلف أيضا حيث قال : ولم نظفر بالرواية الأخرى التي نقلها في الخلاف ، ثم انه قال في المختلف : والظاهر عدم عزل الوكيل الا أن يعلم العزل لهذه الروايات ، ولأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد يتصرف تصرفات تقع باطلا ، وربما باع التجارية فيطأها المشتري ، والطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه بتصرف المشتري والوكيل .

ثم قال : والقول الآخر ليس بردي ، لأن الوكالة من العقود الجائزة ، فلم يملك الفسخ وان لم يعلمه الوكيل ، والا كانت لازمة حينئذ هذا خلف ، ولأن العزل رفع عقد ، لا يفتقر الى رضا صاحبه ، فلا يفتقر الى علمه كالطلاق ، والعقد ، وقول النهاية لأبأس به ، لأنه توسط بين الاقوال ، انتهى .

ونسج على منواله المحقق اردبيلي بالنسبة الى تعليل هذين القولين ، سيما قول القواعد ، وأطال المناقشة والطعن في أسانيد الاخبار حتى أنه في آخر البحث قال : والمسئلة من المشكلات ، لما علمت مما تقدم .

وأنت خير بان كل ذلك اجتهاد في مقابلة النصوص ، وجرأة تامة على أهل النصوص ، سيما في الروايات المذكورة ما هو صحيح السند باصطلاحهم مع صراحة الدلالة بما لا يحوم حوله الشك ، والأشكال ، ولكنهم جرت عادتهم بالركون الى هذه التعليقات العقلية ، وترجيحها على الأدلة النقلية ، ويتفرع

على الخلاف، المذكور صحة تصرف الوكيل بعد العزل ، وقبل الإعلام ببناء على القول المختار ، وعلى القولين الأخيرين من الانعزال بمجرد العزل أو بمجرد الاشهاد يبطل جميع ما فعله بعد الأمرين المذكورين ، وهو الظاهر ، والله سبحانه العالم .

الخامسة : قد صرح الأصحاب بأن الوكالة تبطل بأمر : منها ما تقدم من عزل الوكيل نفسه على ما قالوه ، وعزل الموكل كما عرفت ، ومنها التعليق بالشرط أو الصفة ، وقد عرفت الكلام فيه ، إلا أن في عد هذا الفرد نوع تسامح .

ومنها موت كل من الوكيل أو الموكل ، أماموت الوكيل فظاهر ، وأماموت الموكل فلائن ما وكل فيه ينتقل الى غيره ، فلا يجوز التصرف فيه إلا باذن من انتقل اليه ، ولأن العقد كان جائزاً منوطاً باذنه ، ورضاءهما غير متحققين بعد الموت .

وبالجملة فانه لاخلاف ولا اشكال في البطلان في الصورة المذكورة وقد صرحوا بأنه لو مات الموكل فان تصرف الوكيل بعد الموت باطل ، وإن لم يعلم الموت ، لأن ذلك هو الأصل وإنما خرجت مسألة العزل بالنص .

وعندي فيه توقف ، لعدم إيرادهم نصاً على ما ادعوه من البطلان ، سيما مع ما عرفت من خروج النصوص بعدم انعزال الوكيل قبل بلوغ العزل له الجاري ذلك على خلاف قواعدهم ، حتى اضطربوا في التفصلي عنها ، فمنهم من قال بها ، وألغى تلك القواعد ، ومنهم من ألغىها وقدم تلك القواعد ، فمن المحتمل قريباً أن يكون الحكم هنا كذلك أيضاً ، وما ادعوه من الأصل هنا لأعرف له أصلاً ، وكأنهم أرادوا بالأصل أصل عدم .

وفيه أن الأصل بمعنى الاستصحاب لثبوت الوكالة حتى يقوم الدليل على الابطال في الصورة المذكورة قائم ومرجع هذا الاستصحاب الى عموم الدليل ، حتى يثبت الراجع له ، ويعضده الأمر بالوفاء بالعقود ، وبالجملة فالحكم لعدم النص لا يخلو عن اشكال .

ج ٢٢ في بطلان الوكالة بموت أحد من الوكيل أو الموكل أو جنونه ونحوه ٢٣

نعم يمكن أن يستدل لما ذكره بما رواه في الكافي عن ابن بكير (١) في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أرسل يخطب عليه امرأة وهو غائب ، فانكحوا الغائب وفرضوا الصداق ، ثم جاء خبره بعد أنه توفي بعد ما سبق الصداق ، فقال : ان كان أملك بعد ما توفي فليس لها صداق ، ولا ميراث ، وان كان أملك قبل أن يتوفي فلها نصف الصداق ، وهي وارثة ، وعليها العدة .

فانها ظاهرة في أنه وكل في حال الغيبة من يخطب له ويعقد عنه ويسوق المهر ثم مات ، وقد حكم عليه السلام بصحة العقد متى وقع قبل الموت ، وبطلانه متى كان بعده ، وحينئذ فيتم ما ذكره من الحكم المذكور ، وان لم يتنبه أحد منهم لهذا الخبر الذي ذكرناه ، بل إنما بنوا الحكم على قواعدهم المتداولة بينهم ثم انهم نبهوا على أنه وان بطلت الوكالة في الصورة المذكورة ، لكن ما بيده يكون أمانة لأن الأمانة لا تبطل بالموت كما تبطل الوكالة الا أنه يجب المسارعة وردها على الوارث فان آخر لا لعذر ضمن ، كما تقدم في الوديعة ، ولوتلف بغير تفريط فلا ضمان .

ومنها الجنون والاعماء من كل منهما والظاهر أن المستند فيه هو الاجماع كما في المسالك ، فقال : هذا موضع وفاق ، ولأنه من أحكام العقود الجائزة ، وكان مبناه على الخروج عن أهلية التصرف وقد صرحوا أيضاً بأنه لا فرق بين أن يكون مطبقاً أو أدواراً ولا في الاعماء بين طوله وقصره ، ولا فرق بين أن يعلم الموكل بعروض المبطل وعدمه .

ثم انهم صرحوا أيضاً بأنه يجيء في هذه المسئلة ما تقدم في مسئلتي بطلان الوكالة بالرد والتعليق ، من جواز التصرف وعدمه ، فانه بعد زوال الجنون أو الاعماء الذين بهما بطلت الوكالة ، هل يجوز لهما التصرف بالاذن العام فكل من قال بالجواز ثمة ، فان الحال فيه هنا كذلك .

وقد عرفت مما حققناه في تلك المسئلتين ، أن الحق هو جواز التصرف بل

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٥ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٣٠ ح ٢ .

عدم بطلان الوكالة بشيء من ذينك الأمرين وإن ادعوا الإجماع عليه فكذلك هنا لأننا لم نقف لهم على دليل يدل على إبطالها بما ذكره ، سوى ما ادعى من الإجماع وحينئذ فيجوز التصرف فيما وكل فيه ، ولا يحتاج إلى تجديد عقد من الموكل بعد زوال ذلك عنه لو كان هو المصاب بأحد الأمرين ، بل يكفي استصحاب حكم العقد السابق ، أما عندنا فلعدم ثبوت الإبطال بذلك كما عرفت ، وأما عندهم فلا استصحاب الإذن العام ، لأنه وإن بطل عقد الوكالة إلا أن الإذن باق .

ويؤيد جواز التصرف هنا وإن امتنع بوجود أحد هذين الأمرين جملة من النظائر ، كما صرحوا به من دخول الصيد الغائب في ملك المحرم ، بعد زوال الإحرام ، وأن من وكل محلاً فصار محرماً لم يحتج إلى تجديد الوكالة بعد تحلله عن الإحرام ، ونحو ذلك مما يقف عليه المتبع ، وفي جميع ذلك تأييد لما ذكرناه من عدم بطلان الوكالة هنا .

ومنها الحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه ، فإنه إذا منع ذلك الموكل منع وكيله بطريق أولى ، ولأن الحجر موجب لزوال أهلية التصرف المالي ، قالوا : وفي حكم الحجر طر والرق على الموكل بأن كان كافراً فاسترق ، ولو كان هو الموكل صار بمنزلة وكيل عبد الغير ، وسيأتي الكلام فيه إنشاء الله تعالى ، ويأتي الكلام في التصرف بعد زوال الحجر كما تقدم .

ولا تبطل بالنوم وإن طال لبقاء أهلية التصرف ، ومن ثم أنه لا تثبت الولاية عليه ، وقيد في اللعة النوم المتطاوّل بأن لا يؤدي إلى الإغماء ، وفيه كما أشار إليه الشارح خروج عن موضع فرض المسئلة ، لأن الإبطال إنما هو بالإغماء ، لا بالنوم .

ومنها تلف ما تعلقت به الوكالة كتلف العبد الموكل ببيعه وموت المرأة الموكلة بتزويجها أو طلاقها ، وتلف الدينار الموكل بأن يشترى به شيئاً ، قالوا : وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو أعتق العبد الموكل في بيعه ، أو باع

العبد الموكل في عتقه .

ومنها ما لو فعل الموكل ما تعلقت به الوكالة كأن يوكله في بيع عبد ثم يبيعه هو ، وثبوت البطلان ظاهر ، إذ لا شك في ثبوت ذلك له قبل الوكالة ، والوكالة غير مانعة منه ، ولا منافية له ، سيما مع ثبوت كونها جائزة ، ومعلوم أنه بعد فعله لم يبق ما وكل فيه ، فلا تبقى الوكالة ، لعدم بقاء محلها فهو بمنزلة تلف ما وكل فيه ، كما في سابق هذا الموضع .

وبالجملة فالأمر في ذلك أظهر من أن يحتاج إلى مزيد بيان ، وفي حكمه فعل الموكل ما ينافي الوكالة ، قال في المسالك وفي كون وطئ الزوجة الموكل في طلاقها والسرية الموكل في بيعها منافياً وجهان : من دلالة الوطئ على الرغبة ظاهراً ولهذا دلّ فعله على الرجوع في المطلقة رجعية فرعه للوكالة أولى ، ومن ثبوت الوكالة ومنافاة الوطئ لها غير معلوم ، وثبوت الفرق بين الطلاق والوكالة ، فإن الطلاق يقتضي قطع علاقة النكاح فينافيه الوطئ ، بخلاف التوكيل فإنه لا ينافيه انتفاع الموكل بالملك الذي من جملة الوطئ بوجه نعم فعل مقتضى الوكالة ينافيه ، والأولى ممنوعة ، وهذا أقوى وأولى بعدم البطلان فعل المقدمات .

وفي القواعد فرق بين الزوجة والسرية فقطع في الزوجة بالبطلان ، وفي السرية بخلافه ، وفي التذكرة توقف في حكم الوطئ والمقدمات معاً انتهى ، ونحوه كلام المحقق الثاني في شرح القواعد .

والتحقيق أن يقال : إن الوطئ والمقدمات التي هي عبارة عن التقبيل والمباشرة دون الفرج ونحو ذلك الدال بظاهره على الرغبة إن وقع مقروناً بالندامة على التوكيل وقصد العزل ، فإنه لا اشكال في كونه عزلاً ، وأنه تبطل الوكالة بذلك ، وإن وقع مقروناً بعدم ذلك ، فالظاهر بقاء الوكالة وعدم العزل ، وإن وقع مشتبهاً فإنه ينبغي استفسار ذلك من الموكل ، ويقبل قوله في ذلك ، وإن لم يمكن مراجعته

واستعلام الحال منه فان الأقرب عدم العزل وبقاء الوكالة ، لان ما فعله من هذه الاشياء أعم من قصد الامساك والعزل عن الوكالة والرغبة فيها ، ومن عدم ذلك ، فالأصل ثبوت الوكالة وبقائها حتى يعلم الراجع لها .

ويشير اليه ما تقدم في الأخبار المتقدمة من قوله عَلَيْهَا في بعضها « الوكالة ثابتة ابدأ حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها » وفي آخر « الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه ، أو يشافه العزل » الدال بجميع ذلك على أنه بعد ثبوت الوكالة ، فانه يجب البقاء عليها الامع العلم بالراجع لها ، ولهذا لو كان المبلغ للعزل غير ثقة لا يترتب على خبره العلم لم يوجب العزل ، فكذا هنا بمجرد وقوع هذه الاشياء على وجه لا يعلم به ارادة العزل لا توجب عزلا ، ويمكن ارجاع كلام الفاضلين المذكورين الى ما حققناه هنا ، فان ظاهر اعتراضهما على الوجه الاول - بأن منافاة الوطىء لها غير معلوم - أنه لو كانت المناقاة معلومة لكان ذلك عزلا ، وحينئذ فاذا كان مقررا بالمنافي من قصد الامساك وقصد العزل عن الوكالة فلا ريب في كونه عزلا عندهما ، وأما ما نقله عن التذكرة من أنه توقف في حكم الوطىء والمقدمات فالذي يظهر لي أن التوقف انما هو في المقدمات .

وأما حكم الوطىء فالظاهر أنه الأقرب عنده ، وان عبر عنه بلفظ الاحتمال حيث قال في عدد عبارات العزل والفسخ فاذا وكله في طلاق زوجته ثم وطئها احتمل بطلان الوكالة ، لدلالة وطئه لها على رغبته واختياره امساكها ، وكذا لو وطئها بعد طلاقها رجعي ، كان ذلك ارتجاعا لها ، فاذا اقتضى الوطىء رجعتها بعد طلاقها ، فلأن يقتضى استبقاؤها على زوجيتها ومنع طلاقها أولى ، وان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل يفسخ الوكالة في الطلاق ؟ اشكال ، ينشأ من حصول الرجعة به ، وعدمه انتهى .

والقریب فيما ذكرناه أنه ذكر الدليل على بطلان الوكالة بالوطىء ولم يتعرض لردّه ، بل جهد عليه بل جعله أولى من الرجعة ، فكيف ينسب له التوقف

مع الحكم بذلك عنده في الرجعة ، وعدم التوقف فيها وهو قد حكم بالأ ولوية من الرجعة .

نعم التوقف في المقدمات ظاهر حيث صرح بالأشكال في ذلك ، وجعل الاشكال في الابطال بها تابعاً للأشكال بحصول الرجعة بذلك ، والله سبحانه العالم .

السادسة : قالوا : اطلاق الوكالة يقتضي الابتياح بثمن المثل بنقد البلد حالاً ، وان يبتاع الصحيح دون المعيب ، ولو خالف وقف على الاجازة .

أقول : الظاهر أن الوجه في اقتضاء الاطلاق هذه الامور هو أن المتبادر من الاطلاق ذلك بحسب العرف والعادة ، لأن المراجع في مثل ذلك اليه كما صرحوا به في غير موضع ، وادعى في التذكرة الاجماع هنا على ذلك ، الا أنه في التذكرة قيد اطلاق الوكالة في البيع بثمن المثل ، بما إذا لم يكن هناك باذل بأزيد ، وإلا فلا يجوز ، بل لا يصح البيع حينئذ ، فانه تجب رعاية المصلحة على الوكيل وصحة فعله موقوفة عليها ، قال في الكتاب المذكور : كما لا يجوز للوكيل أن ينقص عن ثمن المثل ، لا يجوز أن يقتصر عليه ، وهناك طالب بالزيادة ، بل يجب بيعه على باذل الزيادة ، لأنه منصوب لمصلحة الموكل ، وليس من مصلحته بيعه بالأقل مع وجود الاكثر ، انتهى ، وصرح أيضاً بأنه لو باع بخيار ثم وجد باذلاً يزيد في الثمن في زمن الخيار وجب عليه الفسخ ، تحصيلاً لمصلحة المالك في ذلك والتزام البيع مناف لها فلا يملكه .

وزاد المحقق الأردبيلي أيضاً أنه يمكن ذلك فيما لو عين الموكل الثمن أيضاً ، قال : فان تعيينه إنما هو لظن عدم الزيادة عليه ، وهو المفهوم عرفاً إذ المتعارف والغالب أن شخصاً لم يبع بأقل من مبيع مع وجود الزايد ، والامور محمولة على الغالب والعرف ، مع أن ذلك أيضاً منوط بالمصلحة ، ولا مصلحة في البيع بالناقص مع وجود الزايد ، انتهى وهو غير بعيد ، واستثنى بعضهم أيضاً من ثمن المثل النقصان اليسير الذي يتسامح الناس فيه ، ولا يناقشون فيه كدرهم أو درهمين في ألف درهم ،

ولا بأس به نظراً الى ما قدمنا ذكره من دوران هذه الأحكام مدار العرف والعادة .
وأما نقد البلد فان كان واحداً في تلك البلد ، لا تعدد فيه فمعلوم انصراف
الاطلاق اليه في البيع والوكالة ، ومع التعدد فانه ينصرف الى الغالب ، فان استوت
تحرى ما هو الأنفع للموكل ، وإلا تخير .

وأما كونه حالاً فانه هو الغالب في العادة ، فيجب حمل الاطلاق عليه .
واما اقتضاء الاطلاق الصحيح دون المعيب ، فادعى عليه في التذكرة الاجماع ،
قال : لأن الاطلاق في الشراء يقتضي سلامة المبيع ، حتى أن للمشتري الرد
لو خرج معيباً ، ثم نقل عن أبي حنيفة جواز شراء المعيب ، وانه كالمضارب ثم
رده بالفرق بين المضارب والوكيل ، وأن المضارب إنما يشتري للربح ، وقديكون
في المعيب ، بخلاف الوكيل فانه قديكون للغنية والانتفاع ، والمعيب قد يمنع بعض
المقصود ، وإنما يقتضى ويدخر السليم ، الى آخر كلامه رحمة الله عليه .

ثم أنه لو خالف الوكيل وشري المعيب ، فان كان عالماً كان فضولياً على القول
بصححة الفضولي ، وباطلاً على القول الآخر ، وهو المختار كما تقدم في البيع ، ومثله
يأتى فيما لو اشترى بزيادة على ثمن المثل عالماً ، فانه للمخالفة يكون موقوفاً أو
باطلاً ، وكذا الحكم عندهم فيما لو اشتراه جاهلاً بالمعيب .

وإن كان باطلاً قالوا : يقع عن الموكل ، لأنه إنما يلزمه الشراء الصحيح
بحسب الظاهر ، ولا يخاطب بالسلامة في الباطن ، لأنه يعجز عنه ، ولا يمكنه
الوصول اليه إذ هو عيب لا يجوز التكليف به ، فيقع البيع للموكل ، كما لو شري
بنفسه جاهلاً بالمعيب .

بقي الكلام في خيار العيب بعد العلم به ، والرد به أو الامساك ، والظاهر
أنه للموكل دون الوكيل وبه صرح في التذكرة ، وظاهره الاجماع عليه ، قال :
وحيث قلنا يقع عن الموكل وكان الوكيل جاهلاً بالمعيب فللموكل الرد إذا
اطلع عليه ، لأنه المالك ، وهل يملك الوكيل الرد بالمعيب ، أما عندنا فلا ، لأنه

ج ٢٢ في اقتضاء اطلاق الوكالة بالبيع بيع الوكيل على ولده الكبير أو زوجته ٢٩

إنما وكله في الشراء ، وهو مغاير للرد ، فلا يملكه ، انتهى .

ومنه يظهر أنه لو كانت الوكالة مطلقة أو كان وكيلاً في الشراء والرد ، فان للوكيل الرد ، وهو ظاهر ، إلا أنه سيأتي في كلامهم أيضاً ما يؤذن بأن للوكيل الرد بالعيب .

ثم ان ظاهرهم فيما لو اشترى جاهلاً بالغبن ، بأن شري بما يزيد على ثمن المثل جاهلاً ، فانه لا يقع للموكل ، كما في العيب ، بل يكون حكمه حكم العالم ، كما تقدم ، قالوا : والفرق بين الجهل بالعيب ، والجهل بالغبن أن العيب قد يخفى فهو في شرائه معذور ، والوكالة شاملة له ، لأن التكليف بالصحيح إنما هو بالنظر الى الظاهر ، لا الباطن كما عرفت آنفاً .

وبالجملة فهو لا يزيد على شرائه لنفسه ، بخلاف الجهل بالغبن فان الغبن لا يخفى ، ونقص القيمة أمر ظاهر ، مستند الى تقصيره في تحرير القيمة ، فلا يكون داخلاً تحت الوكالة .

وفيه أن ما ذكره لا يطرد كلياً لأنه وان تم ذلك في بعض الأفراد إلا أن الأمر في بعضها على خلاف ذلك ، فان من العيب ما يكون ظاهراً لا خفاء فيه كالعور والعرج ، ومن الغبن ما هو خفي بل أخفى على كثير من أهل الخبرة ، كما في كثير من العيوب ، كما في الجواهر ونحوها ، وعلى هذا فينبغي أن يجعل الضابط فيهما واحداً بأن يقال ان كلاماً من العيب والغبن ان كان مما يخفى غالباً ، فإنه يقع الشراء من الموكل مع الجهل بهما ، وإلا وقف على الاجازة ، كما ذكره ، وبطل على المختار ، والله سبحانه العالم .

السابعة : الظاهر أنه لا خلاف في أن اطلاق الوكالة بالبيع يقتضى بيع الوكيل على ولده الكبير وزوجته ، كما في غيرهما ، ولم ينقل فيه الخلاف الا عن بعض العامة ، محتجاً بمظنة التهمة ، وأما على الولد الصغير فعن الشيخ القول بالمنع : للزوم اتحاد الموجب والقابل ، ولأنه تجب عليه رعاية المصلحة من

الجانبين والمما كسته مهما أمكن ، وذلك غير ممكن هنا .

أقول : ويلزم ذلك كل من قال بعدم جواز شراء الوكيل بنفسه ، قال في التذكرة : إذا منعنا من شراء الوكيل لنفسه لم يجر أيضاً أن يشتري لولده الصغير ، ولا لمن يلي عليه لوصية ، لأنه يكون بيعاً من نفسه ، وبه قال الشافعي ، وعندي فيه نظر ، أقرب به الجواز في ذلك كله ، انتهى .

أقول : ويؤيد الصحة أيضاً عموم أدلة البيع وأدلة الوكالة ، والمنع من بطلان الاتحاد ، وقد جوز الشيخ ذلك في الأب والجد بالنسبة إلى الصغير ، وهو ظاهر في عدم مانعية الاتحاد ، وفي عدم اشتراط المما كسة .

وأما البيع على نفسه أو الشراء لنفسه ، فقد تقدم الكلام فيه في الموضوع الخامس من المسئلة الخامسة من المقام الأول في البيع (١) ويأتي الكلام في ذلك انشاء الله تعالى في المطلب السادس ، والله سبحانه العالم .

الثامنة : قال في الشرايع : اطلاق الوكالة في البيع يقتضى تسليم المبيع ، لأنه من واجباته ، وعلمه الشارح في المسالك بأنه إنما كان من واجباته ، لأن البيع يقتضى إزالة ملك البايع عن المبيع ، ودخوله في ملك المشتري ، فيجب على مدخل الملك التسليم ، لأنه من حقوقه .

وقال في الارشاد : ووكيل البيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفية الثمن ، ووجهه الشارح الاردبيلي بأن تسليم المبيع ليس بداخل في مفهوم البيع ، ولا يشترط في ذلك ، فلا يكون وكيله مالئاً له ، إذ ما وكله إلا في البيع ، وأما إذا دفع الثمن إلى الموكل أو وكيله الجائز له قبضه ، أو أبرأه من الثمن فلا يجوز منعه ، لأنه صار ملكاً خالصاً للمشتري ، بحيث لا يجوز للموكل منعه ، فيجب عليه التسليم كالوكيل ، وإن لم يكن وكيلاً في التسليم صريحاً ، انتهى .

وظاهر عبارة القواعد مثل الشرايع ، والظاهر أنه يجب تقييدهما بما ذكره

هنا من دفع الثمن أولاً ، بناء على قاعدتهم من عدم الوجوب الا بالتقاض ، وكذا تقييد عبارة المسالك المذكورة ، فانه وان دخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع كما ذكره ، الا أن ملكه له لا يستلزم وجوب تسليمه له قبل قبض الثمن منه ، حيثما صرحوا به فيما لو باع مال نفسه ، كما تقدم في البيع ، ولهذا انه في المسالك استدرك ذلك ، فقال في تنمة العبارة المتقدمة : لكن لا يسلمه حتى يقبض الثمن هو ، أو من يكون له قبضه .

قال في التذكرة : إذا وكله في البيع يملك تسليم المبيع الى المشتري ان كان في يده ، وهو قول أكثر الشافعية ، لأن البيع يقتضى ازالة الملك ، فيجب التسليم ، ولأن تسليم المبيع الى المشتري من تمامه وحقوقه ، وهذا عين ما علله في المسالك ، ثم قال في المسئلة التي بعدها : إذا وكله في البيع لم يملك قبض الثمن على ما تقدم ، ويملك تسليم العين الى المشتري ، لكن لا يسلم قبل أن يقبض الموكل أو من نصبه الثمن ، فان سلمه قبل قبضه كان ضامناً ، وقد قيد في هذه المسئلة ما أطلقه في المسئلة التي قبلها .

و بالجملة فان رعاية قواعدهم في المسئلة توجب ذلك ، ولهذا انه في المسالك استدرك بالتقييد بذلك ، هذا بالنسبة الى تسليم المبيع .

وأما قبضه الثمن فقد صرحوا بأن اطلاق الوكالة في البيع لا يقتضى قبض الثمن ، لأنه قد لا يؤمن على القبض والوكالة انما وقعت في البيع ، وقبض الثمن أمر زايد على ذلك ، إلا أن يكون هناك قرينة تدل عليه ، فيكون الاعتماد في ذلك عليها ، كما لو أمره بالبيع في سوق بعيدة أو بلد آخر بحيث أنه يضع الثمن بترك قبضه ، ولا يمكن للموكل قبضه ، ففي مثل ذلك يجوز ، بل يجب قبضه حتى أنه لو تركه ولم يقبضه كان ضامناً ، لأن الظاهر من حال الموكل أنه انما أمره بالبيع الانتفاع بالثمن ، ولا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً هذا في الوكيل في البيع .

وأما الوكيل في الشراء فانهم قد صرحوا بأن اطلاق الوكالة في الشراء يقتضى الاذن في تسليم الثمن ، ولا يقتضى الاذن في تسلّم المبيع ، قال في التذكرة : الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل فيه ملك تسليم ثمنه ، لأنه من تتمته وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع في الحكم ، والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع ، الوجه عندنا أنه لا يملكه ، كما قلناه في البيع لا يملك الوكيل فيه قبض الثمن ، انتهى ، وعلى هذا النهج كلام الشرايع والارشاد وغيرهما .

أقول : وينبغي تقييد اطلاقهم هنا عدم ملكه تسلّم المبيع ، لعدم دخوله تحت اطلاق الوكالة بما قيّد به عدم قبض الثمن في صورة الوكالة في البيع ، من أنه لو دلت القرائن على فوات المبيع وذهابه لو لم يتسلّمه لكان الواجب عليه قبضه ، فضلاً عن أن يكون جازماً لعين ما ذكره ثمة ، كما لو وكله في شراء عين من مكان بعيد يتعذر على الموكل قبضها ، بحيث لو لم يقبضها ذهبت وفاتت ، فانه يجب عليه قبضها ، وأنه يضمن بترك ذلك لعين ما تقدم ،

وينبغي أيضاً تقييد اطلاقهم ملك تسليم الثمن هنا بما تقدم في الوكالة في البيع من تقييد ملكه لتسليم المبيع ، بما اذا قبض الموكل أو من يقوم مقامه الثمن لعين ما تقدم من الدليل في تلك الصورة ، ولعلّه الى ذلك يشير قوله في التذكرة : فهو كتسليم المبيع ، فان قياسه على تسليم المبيع وجعله مثله وعلى نهجه مع أنه كما عرفت قد صرح ثمة بأنه لا يسلم المبيع حتى يقبض الموكل أو من نصبه الثمن ، بمقتضى ما قلناه هنا من أنه لا يسلم الثمن إلا بعد قبض المبيع ، فمعنى قولهم أنه مأذون في دفع الثمن يعنى بعد تسليم المبيع .

وبالجملة فالظاهر عدم الفرق بين الوكيل البايع والوكيل المشتري ، في أنه ليس لهما دفع ما بيدها واقباضه إلا بعد وصول عوضه الى الموكل أو من نصبه لقبضه ، حيثما تقدم في كلامهم في البيع في غير موضع من اشتراط التقابض ونحوه والله سبحانه العالم .

التاسعة : قد صرح جمع من الأصحاب منهم الفاضلان في الشرايع والارشاد بأن للوكيل الرد بالعيب مع حضور الموكل وغيبته ، وعملّه في الشرايع قال : لأنه من مصلحة العقد .

أقول : قد تقدم في عبارة التذكرة في المسئلة السادسة ما يؤذن بدعوى الاجماع على أن الوكيل لا يملك الرد بالعيب ، لأنه انما وكلّه في الشراء وهو مغاير للرد فلا يملكه ، وعمل في المسالك كلام المصنف هنا بأن الموكل قد أقامه مقام نفسه في هذا العقد ، والرد بالعيب من لوازمه لأن التوكيل لما لم ينزل إلى أعلى شراء الصحيح ، فاذا ظهر العيب كان له الرد وشراء الصحيح ، ثم اعترضه فقال : ويشكل الأول بأنه انما أقامه مقام نفسه في العقد ، لافي اللوازم ، إذ من جملتها القبض ، والاقالة وغيرهما ، وليس له مباشرتهما اجماعاً ، والثاني بأن مقتضاء وقوف العقد على الاجازة كما مرّ لاثبوت الرد ، الى أن قال : والأجود عدم جواز الرد مطلقاً ، وفاقاً للتذكرة ، لأن الوكالة في الشراء انما اقتضت ادخال المبيع في ملكه ، والرد يقابله ويضاده ، فلا يدخل فيها ، انتهى وهو جيد .

وكيف كان فانه متى رضى به الموكل أو منعه عن الرد فانه ليس له الرد ، أما على ما اخترناه فانك قد عرفت أن الوكيل ليس له الرد ، وانما الخيار للموكل بين الرد والامساك .

وأما على ما ذكره هنا من أن للوكيل الرد فلأنه بمنعه عن الرد قد انفصل عن الوكالة في ذلك ، كما ذكره في المسالك بناء على ذلك ، حيث قال - بعد قول المصنف - ولو منعه الموكل لم تكن له مخالفته - ما لفظه : لاشبهة في بطلان رده بالنتهي المذكور ، لأنه ابطال للوكالة فيما تضمنه ، وعزل له فيه ، واذا جاز عزله عن الوكالة فمن بعض مقتضياتها أولى وفي حكمه اظهار الرضا بالعيب ، فانه في معنى النهي عن الرد وأراد بذلك الفرق بين الوكيل ، وعامل المضاربة ، حيث انه قد سلف أن ليس للمالك منعه من الرد بالعيب ، وان رضى به مع كون العامل في معنى الوكيل ، والفارق انحصار الحق هنا في الموكل ، واشتركا في العامل .

المطلب الثاني فيما تصح النيابة فيه وما لاتصح :

قال في التذكرة : البحث الرابع فيما فيه التوكيل والنظر في شرائطه ، وهي ثلاثة : الأول : أن يكون مملوكاً للموكل ، الثاني : أن يكون قابلاً للنيابة ، الثالث : أن يكون مابه التوكيل معلوماً ولو اجمالاً ، انتهى .

والكلام في هذا المطلب يقع في موارد : الأول : قال في التذكرة : يشترط فيما يتعلق الوكالة به أن يكون مملوكاً للموكل ، فلو وكل غيره بطلاق زوجة سينكحها أو بشراء عبد سيملكه ، أو اعتاق رقبة يشتره ، أو قضاء دين يستدينه ، أو تزويج امرأة إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها ، وما أشبه ذلك ، لم يصح ، لأن الموكل لا يتمكن من فعل ذلك بنفسه ، فلا تنتظم فيه إقامة غيره ، وهو أصح وجهي الشافعية . الثاني : أنه صحيح ، ويكتفى بحصول المملك عند التصرف ، وأنه المقصود من التوكيل ، وقال بعض الشافعية : الخلاف عائد إلى أن الاعتبار بحال التوكيل أم حال التصرف ، انتهى .

أقول : ينبغي أن يعلم أن المراد بكون متعلق الوكالة مملوكاً للموكل بمعنى كونه مما يمكن الموكل التصرف فيه ، ومباشرته بنفسه عقلاً وشرعاً ، ومثل هذه الأمور المعدودة لما لم يمكنه مباشرتها بشيء من الوجهين المذكورين انتفت الوكالة فيها ، وأولى منها الأمور المستحيلة عقلاً أو شرعاً ، فلا يجوز التوكيل في الغصب والسرقة والقتل ونحوه ، وأحكامها إنما تلزم المباشرها ، وهل يعتبر الامكان المذكور من حين التوكيل إلى حين التصرف ، ظاهر جمع منهم ذلك على ما نقله في الكفاية ، وهو ظاهر عبارة التذكرة المتقدمة .

وقال المحقق الثاني في شرح القواعد على ما نقله بعض الأفاضل فمن شرط صحة الوكالة أن يكون التصرف مملوكاً للموكل في وقت صدور عقد التوكيل والظاهر أن ذلك متفق عليه عندنا ، وللشافعية خلاف في ذلك .

أقول : ومنه يعلم أن الاكتفاء بحصول الملك وقت التصرف مختص بالعامّة كما تقدم نقله عن بعض الشافعية ، وقد تلخص من ذلك أنه متى كان شرط الوكالة ذلك امتنع التوكيل في هذه الافراد المحدودة ، الا أنه قد أورد المحقق الأردبيلي هنا عليهم اشكالا ، وهوانهم قد حكموا بجواز التوكيل للطلاق في طهر الواقعة وفي حال الخيض ، وانهم يجوزون التوكيل في تزويج امرأة وطلاقها قبل التزويج وكذا في شراء عبد وعتقه من غير نزاع ، ثم نقل عن التذكرة التصريح بذلك ، ثم قال : وأيضاً يجوزون الطلاقات الثلاث مع رجعتين بينهما ، ومعلوم جواز عقد القراض ، وهو مستلزم للبيوع المتعددة الواردة على المال مرة بعد أخرى ، وليس بموجود حال العقد .

وبالجملة لاشك في جواز التوكيل في أمر لا يكون بالفعل للموك كل فعله بل بعد فعل آخر كما مثلناه ، وجميع ذلك مع قولهم بهذا الشرط مشكل ، الى أن قال : فهذا الشرط غير متحقق اعتباره لي ، سواء قلنا وقت التوكيل فقط ، أو يستمر الى وقت الفعل انتهى .

أقول : من المحتمل قريباً حصول الفرق بين ما قدمنا ذكره عن التذكرة من الأمثلة التي يمتنع التوكيل فيها لعدم الشرط المذكور ، وبين ما ذكره من الأمثلة بأن يقال : بالفرق بين ما وقع فيه التوكيل مستقلاً كالأمثلة التي منعوا عن الصحة فيها ، وبين ما وقع التوكيل فيه تبعاً لما يجوز التوكيل فيه اتفاقاً كالأمثلة التي أوردتها ، فيبطل في الأول ، ويصح في الثاني ، ويشير الى ذلك ، جمعه في التذكرة بين الكلام الذي اعترض به عليه ، وبين ما قدمنا نقله عنه في صدر المسئلة في موضع واحد ، فانه قال : على أنر ما قدمناه في صدر المسئلة ما صورته : ولو وكله في شراء عبد وعتقه أو في تزويج امرأة وطلاقها ، أو في استدانة دين وقضاءه صح ذلك كله ، لأن ذلك مملوك للموك ، انتهى .

وحينئذ فلو لم يكن الفرق حاصلاً بما ذكرنا بل كان الجميع من باب

واحد كما ذكره ، لحصل التدافع بين كلاميه ، فكيف يصرح في محل واحد في بعض الأمثلة بأنه لا يصح التوكيل ، لأنه لا يملك التصرف ، ويقول في نظيره أنه يصح ، لأن ذلك مملوك للموكل .

وبالجملة فإن الفرق بين وقوع الشيء أصالة وتبعاً غير عزيز في الأحكام ، وقد تقدم في الضمان إلى ما لا يصح بيعه منفرداً ما هو ظاهر في ذلك ، ومنه أيضاً عدم جواز الوقف على من لم يوجد أصالة ، وصحة الوقف عليه تبعاً فلو وقف على من سيولد له بطل اتفاقاً ، وعلى من ولد من سيولد صح اتفاقاً .

نعم يبقى الكلام في الدليل الدال على هذا الشرط ، ولا أعلم لهم دليلاً زيادة على ما يفهم من الاتفاق الذي ادعاه المحقق الشيخ علي ، وفيه ما عرفت في غير مقام مما تقدم فالمسئلة غير خالية من الاشكال ، كما في غيرها من مسائلهم التجارية على هذا المنوال .

الثاني : قد عرفت أن من الشروط قبول الفعل الموكل فيه للنيابة ، والأصحاب قد جعلوا لذلك ضابطاً ، فقالوا : إن كلماً تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة فإنه لا يقبل التوكيل ، ولا تصح فيه النيابة ، فكلماً جعل ذريعة إلى غرض لا يختص بالمباشرة تصح النيابة فيه .

قال في التذكرة ، الضابط فيما تصح فيه النيابة وما لا يصح أن نقول : كلما يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة لم تصح فيه الوكالة ، وأما ما لا يتعلق غرض الشارع بحصوله من مكلف معين ، بل غرضه حصوله مطلقاً ، فإنه تصح فيه الوكالة وذلك لأن التوكيل تفويض وإتابة ، فلا يصح فيما لا تدخله النيابة ، انتهى .

وعدا من الأول الطهارة ، وإن جازت النيابة في غسل الأعضاء عند الضرورة ، إلا أن ذلك ليس وكالة ، والصلاة الواجبة مادام حياً ، وكذا الصوم والاعتكاف والحج الواجب مع القدرة ، والإيمان والتذوق والغصب والقسم بين الزوجات لأنه

يتضمن استمئاعاً ، والظهار واللعان وقضاء العدة والجناية ، والاتقاط والاحتطاب والاحتشاش ، واقامة الشهادة إلا على وجه الشهادة على الشهادة .

وعدوا من الثاني البيع ، وقبض الثمن ، والرهن والصلح ، والحوالة والضمان والشركة والعارية ، واختلفوا في جملة من الأفراد كما سيأتي التنبيه عليها انشاء الله تعالى .

أقول : لا يخفى ان الظاهر أن بناء هذا الضابط إنما هو على التقريب في جملة من هذه المعدادات ، والا فانه لا نص على هذا الضابط ، ولا دليل عليه من الأخبار .

أما العبادات فالتقريب فيها أنه لما كان المقصود منها الانقياد والخضوع والخشوع لله سبحانه ، وتهذيب النفس الأماردة وتذليلها كان مستلزماً للمباشرة ، وفعل المكلف بنفسه ليرتب عليه الاغراض المذكورة ، ولا ينافي ذلك الاستنابة في غسل أعضاء الطهارة مع العجز في الطهارة المائية ، أو الترابية فانه لا يسمى وكالة ، ولذلك تجوز الاستنابة فيه ، لمن لا يصح توكيله كالمجنون والصغير والنية في ذلك من المكلف إذ لا عجز فيها إلا مع زوال التكليف بالكلية ، وأما تطهير الثوب والبدن من النجاسة فليس في حد ذاته من العبادات ، ليمتنع التوكيل فيه ، وان ألحق بها من حيث استحباب النية ، ولهذا يحكم فيه بالطهارة بحصول الغسل كيف اتفق وان كان لا من قصد ولا نية بالكلية .

نعم قد استثنى من العبادات هنا مواضع : منها الصلاة الواجبة كركعتي الطواف حيث تجوز الاستنابة في الحج الواجب مع العذر ، ومنها الحج في الصورة المذكورة ، ومنها الحج المندوب وركعتا الطواف فيه ، والطواف المندوب حيث يناب فيه صلاة الزيارة ، وأما غيرها من النوافل والصوم المندوب ففي جواز التوكيل فيه اشكال ، وإطلاق جمع من الاصحاب المنع من الاستنابة في العبادات يشملهما ، وان قيد الإطلاق في غيرهما لقيام الدليل عليه ، ويبقى ما عداه على

المنع ، ومنها عتق العبد عن كفارة وجبت عليه ، ومنها أداء الزكاة الواجبة والخمس فإنه يجوز التوكيل فيها بغير اشكال ، وكذا الزكوات المستحقة .

وأما الألتقاط والاحتطاب والاحتشاش فالكلام فيها مبني على ما تقدم تحقيقه في الشركة في المسئلة الثانية من الفصل الثالث اللواحق من الكتاب المذكور ، ومن ذلك يعلم أن هذه الاشياء مما قد اختلف فيه كلامهم .

وهنا مواضع قد وقع الخلاف في جواز التوكيل فيها ، منها الاقرار بأن يقول وكلتك لتقرعني لفلان بكذا وكذا ، فذهب الشيخ الى جواز التوكيل فيه ، وهو أحد قولي الشافعية ، لأنه قول يلزم به الحق فأشبهه الشراء وسائر التصرفات ، وتردد في التذكرة ، ومن ذهب الى المنع علله بأن الاقرار اخبار بحق عليه ، ولا يلزم الغير إلا على وجه الشهادة ، ولا يليق التوكيل بالانشاءات .

ومنها أيضاً التوكيل في اثبات الحدود التي هي حق الله سبحانه ، وأما ما يتعلق بالآدميين فقد جوزوا الوكالة فيه ، ووجه المنع من التوكيل فيها أنه مبنية على التخفيف ، ولقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) « ادروا الحدود بالشبهات » والتوكيل يؤدي الى اثباتها ، والقول بذلك مذهب الفاضلين ، في غير التذكرة ، وأما في التذكرة فإنه قال : ويجوز التوكيل في اثبات حدود الله سبحانه ، وبه قال بعض العامة ، ثم نقل خبراً من أخبار العامة يدل على أنه (صلى الله عليه وآله وسلم) وكل في اثبات الحد واستيفائه ، ثم قال : ولأن الحاكم إذا استناب نائباً في عمل فانه يدخل في تلك النيابة الحدود واثباتها فإذا دخلت في التوكيل بالعموم فبال تخصيص أولى ، ثم نقل عن الشافعي المنع من التوكيل في اثباتها ، محتجاً بما تقدم ثم رده بأن للوكيل أن يدرك بالشبهة ، وإلى هذا القول قال في المسالك محتجاً بما ذكره العلامة هنا ، وأجاب عن دليل المانع بما أجاب به هنا أيضاً .

(١) الفقيه ج ٤ ص ٥٣ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٨ ص ٣٣٦ ح ٤ .

ومنها الجهاد قال في المبسوط : وأما الجهاد فلا تصح النيابة فيه على حال ، لأن كل من حضر الصف توجه فرض القتال اليه ، وكيلاً كان أو موثقاً ، وقد روي أنه تدخله النيابة ، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه : والمعتمد دخول النيابة فيه ، ولذا يصح الاستيجار عليه ، وهذا اختيار ابن البراج ، انتهى .

أقول : ما نقله الشيخ من وجود الرواية بالنيابة لا تحضرنى الآن ، فان ثبت فلا معدل عن القول بها ، وبه يزول الاشكال ، ويضعف ما ذهب اليه ، وما استدلل به العلامة قوي أيضاً ان ثبت صحة الاستيجار عليه ، كما ادعاه .

ومنها وكالة الرجل لزوجته في طلاق نفسها منه ، قال في المبسوط : وأما المراءة فأنها تتوكل لزوجها في طلاق نفسها عند الفقهاء وفيه خلاف بين أصحابنا ، والأظهر أنه لا يصح ، وتبعه ابن ادريس قال في المختلف : والوجه عندي الجواز ، لنا أنه فعل تدخله النيابة صدر من أهله في محله ، فكان واقعاً ، عملاً بالأصل ، ولا يخفى أن ما استدلل به ، لا يخرج عن المصادرة ، وأنه عين المدعى ، واما التمسك بأصالة الصحة فهو أيضاً لا يخلو من الاشكال .

ومنها توكيل الكافر في تزويج المسلمة ، منع عند في المبسوط ، وجوزه ابن ادريس ، واختار في المختلف ما ذهب اليه الشيخ ، واستدل عليه بأنه نوع سلطنة ، وثبوت ولاية وسبيل على المسلم ، فلا يصح لقوله تعالى (١) « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » .

أقول : لا يخفى ما في هذا الاستدلال من البوهن ، ثم قال : احتج بالأصل والجواب المنع من التمسك به مع قيام منافيه .

ومنها من وكل غيره في طلاق زوجته وهو حاضر ، فذهب الشيخ وجماعة منهم ابن البراج وأبو الصلاح الى عدم جواز ذلك ، وذهب ابن ادريس ومن تأخر عنه الى الجواز ، وسيأتي تحقيق المسئلة في محلها ان شاء الله تعالى .

ومنها أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم ، وظاهر الخلاف المنع منه ، وكذا في النهاية ، وهو ظاهر الشيخ المفيد أيضاً ، ومنع أبو الصلاح من ذلك ، وصرح ابن ادریس والعلامة في المختلف بالجواز ، قال في المختلف : لنا الأصل الدال على الجواز السالم عن المعارضة باثبات السبيل للكافر على المسلم .

ومنها توكيل الحاضر في الخصومة من غير أن يلزمه الحضور ، رضي خصمه بذلك أم لا ، والمشهور الجواز ، وذهب ابن الجنيدي إلى أنه مع حضوره لا يجوز إلا أن يرضى الخصم بمخاصمة وكييل خصمه .

ومنها أيضاً قبض الزكاة والخمس ، فهل يجوز للفقير والسيد التوكيل في قبض ذلك له ممن عليه ذلك ، قولان : الجواز وهو قول المبسوط ، والمختلف والتذكرة ، والمنع وهو قول ابن ادریس ، وابن البراج ، إما إخراجهما فلا خلاف نصاً وفتوى في ذلك .

قال ابن ادریس : قال بعض أصحابنا يجوز من أهل السهمين التوكيل في قبضها ، وقال ابن البراج : لا يجوز ، وهو الذي يقوى في نفسي ، لأنه لادلالة عليه ، فمن ادعى ذلك فقد أثبت حكماً شرعياً يحتاج في اثباته إلى دليل شرعي ولا دلالة ، وأيضاً فالذمة مرتبهة بالزكاة ، ولا خلاف بين الأمة أن دفعها إلى مستحقها يبرء الذمة بيقين ، وليس كذلك إذا سلمه إلى الوكيل ، لأن الوكيل ليس هو من الأصناف الثمانية بغير خلاف ، لأن الزكاة والخمس لا يستحقهما واحد بعينه ، ولا يملكهما إلا بعد قبضه لهما ، فتعين له ملكهما ، والوكيل لا يستحق إلا ما تعين ملكه للموكل ، واستحق المطالبة به ، وكل واحد من أهل الزكاة والخمس لا يستحق المطالبة بالمال ، لأن الإنسان مخير في وضعه فيه ، أو في غيره ، فلا يجبر على تسليمه إليه ، انتهى .

واستدل في المختلف على ما ذهب إليه من الجواز ، فقال لنا : أنه عمل مباح يقبل النيابة ، فصحت الوكالة فيه ، أما إباحته فلا شك فيه ، وأما قبوله

ج ٢٢ في جواز توكيل أهل الزكاة والخمس في قبضهما وعدمه ٤١

النيابة فظاهر ، ولهذا وضع الشارع نصيباً للعامل ، ولا خلاف أنه يجب دفع الزكاة الى الامام والعامل ، ويبرأ ذمة الدافع ، وان تلف لأيهما كالأو كيلين لأهل السهمين ، وأي استبعاد في أن يقول الفقير : وكلت في قبض ما يدفعه المالك اليّ عن زكاته ، ولا يستلزم ذلك استحسان المطالبة ، بل إذا اختار المالك الدفع الى ذلك الفقير جاز الدفع الى وكيله ، انتهى .

أقول : والمسئلة لا يخلو عن شوب الاشكال ، وان كان قول ابن ادريس هو الاقرب الى جادة الاعتدال ، أما ما ذكره العلامة من أنه عمل مباح يقبل النيابة ، فانه مصادرة ظاهرة ، لأن هذا هو عين المدعى ، إذ الخصم ينكر ذلك .

وما ذكره من الدفع الى الامام بيده أو يد عامله ، ففيه أنه ليس كون الامام هنا وكيلاً عن المستحقين بأولى من كونه وكيلاً عن المالك ، ويكون نائباً منابه في تفريقه على المستحقين ، ولهذا ان بعض الأصحاب صرح بكونه وكيلاً عن المالك .

وكيف كان فهو مستثنى بالنصوص الدالة على ذلك ، حتى قيل : بوجوب الدفع اليه ، وان كان المشهور الاستحباب ونائبه ^{عليه السلام} في معناه .

وإنما يبقى الكلام فيما عداه ، ومما يتفرع على ذلك أنه لو تلف المال في يد الوكيل بتفريط أو غير تفريط فمقتضى كلام الفائل بالجواز برائة ذمة المالك ، وهو مشكل ، لأنه مأخوذ عليه بظواهر النصوص في برائة ذمة الدافع الى المستحق ، والمتبادر منه كما هو الشايع المتعارف هو الدفع اليه بيده ، والحال أنه لم يدفع اليه بيده ، وكون الدفع الى وكيله دفعاً اليه ، يتوقف على قيام الدليل على صحة الوكالة في هذه المسئلة .

ومما يتفرع على ذلك أيضاً أنه لو تصرف الوكيل في المال المدفوع اليه صح ذلك ومضى ، لأن المستحق الذي وكله لا يستحق المطالبة به ، لأنه لا يصير ملكاً له الا بعد قبضه ، فلا يستحق المطالبة به ، والدافع قد برئت ذمته كما هو المفروض .

على هذا القول ، وهذا عين السفطة ، ودعوى كون قبض الوكيل في حكم قبض الموكل ، يتوقف على صحة التوكيل بالدليل في الصورة المذكورة ، ويمكن أن يستدل لما ذكره العلامة بعموم أدلة الوكالة ، وليس هتاما يصلح للمنع الا عدم تعيين الدفع الى ذلك الموكل ، وجواز العدول عنه الى غيره ، وهذا لا يصلح للمنافعة ، اذ يكفي بناء على تسليمه أن يكون ذلك حقاً له في الجملة ، وهو هنا كذلك ، ويمكن أن يؤيد ذلك بما صرحوا به من جواز الدفع إلى أطفال المؤمنين ، وأنه يدفع إلى وليهم ان كان ، أو عدل يقوم بانفاقه عليهم ، وبالجملة فان المسئلة لعدم الدليل الواضح باقية في قالب الاشكال ، والله سبحانه العالم .

الثالث : قد عرفت أن من جملة الشروط العلم بما فيه التوكيل ، ولو اجمالاً قال في التذكرة : لا يشترط في متعلق الوكالة وهو ما وكل فيه أن يكون معلوماً من كل وجه ، فان الوكالة إنما جوزت لعموم الحاجة ، وذلك يقتضي المسامحة فيها ، ولكن يجب أن يكون مبيناً من بعض الوجوه ، حتى لا يعظم الضرر ، ولا فرق في ذلك بين الوكالة العامة والخاصة ، فأما الوكالة العامة بأن يقول و كلتك في كل قليل وكثير ، فان لم يصف إلى نفسه فالأقوى البطلان ، لأنه لفظ مبهم بالغاية ، ولو ذكر الاضافة إلى نفسه - وقال : و كلتك في كل أمر هولي أو في كل أموري أو في كل ما يتعلق بي ، أو في جميع حقوقي ، أو في كل قليل وكثير من أموري ، أو فوضت اليك جميع الأشياء التي تتعلق بي ، أو أنت و كيل مطلقاً تصرف في مالي كيف شئت ، أو فصل الأمور المتعلقة به التي تجري فيها النيابة ، وفصلها فقال : و كلتك ببيع أملاكي وتطبيق زوجاتي واعتاق عبيدي أو لم يفصل على ما تقدم أو قال : و كلتك في كل أمر هولي مما يناب فيه ، ولم يفصل أجناس التصرفات أو قال : أقمته مقام نفسي في كل شيء - فالوجه عندي الصحة في الجميع ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وقال الشيخ : لا تصح الوكالة العامة ، وهو قول العامة ، الا ابن أبي ليلى لما فيه من الغرر العظيم ، والخطر الكثير ، لأنه

ج ٢٢ في اعتبار العلم بما فيه التوكيل وحد تصرف الانسان في ماله ٤٣

يلزمه فيه هبة ماله ، وتطليق نسائه ، واعتاق رقيقه ، وأن يزوجه نساء كثيرة ، وتلزمه المهور الكثيرة ، والائمان العظيمة فيلزم الغرر العظيم .

والجواب أنا تضبط جواز تصرف الوكيل بالمصلحة ، وكلما لامصلحة فيه لم ينفذ تصرف الوكيل ، كما لو دكله في بيع شيء وأطلق ، فإنه لا يبيع الانقداً بضمن المثل من نقد البلد ، فكذا في الوكالة العامة ، انتهى .

أقول : ما نقل عن الشيخ هنا هو مذهبه في الخلاف ، وأما في النهاية فإنه قد وافق الأصحاب ، والقول بالصحة منقول أيضاً عن الشيخ المفيد ، وسار ، وابن البراج ، وابن ادريس ، وهو المشهور بين المتأخرين ، إلا أن ظاهر الشرايع الميل إلى ما ذكره في الخلاف ، حيث قال : ولو دكل على كل قليل وكثير لا يصح لما يتطرق من الضرر ، وقيل : يجوز ، ويندفع الخيال باعتبار المصلحة ، وهو بعيد عن موضع الفرض ، نعم لو دكل على ما يملك صح ، لأنه يناط بالمصلحة .

قال في المسالك : والجواز مذهب الأكثر ، لاندفاع الغرر والضرر بمراعاة المصلحة في فعل الوكيل مطلقاً ، والمصنف رد هذا القيد بأنه بعيد عن موضع الفرض ، فإن الفرض كونه وكيلاً في كل شيء فيدخل فيه عتق عبده ، وتطليق نسائه ، وهبة أملاكه ، ونحو ذلك مما يوجب الضرر ، والتقييد خروج عن الكلية . وجوابه أن القيد معتبر وإن لم يصرح بهذا العموم ، حتى لو خصص بفرد واحد تقيد بالمصلحة ، فكيف بمثل هذا العام المنتشر ، وقرق المصنف بين هذا العام وبين ما خصصه بوجه ، كقوله وكتلك على ما أملك ونحوه ، لاندفاع معظم الغرر ، نظراً إلى أن رعاية المصلحة في الامور المنتشرة أمر خفي جداً ، فإذا خصص متعلقها سهلت ، وهو غير واضح ، لأن رعاية المصلحة تضبط الأمرين ، وانتشار الامور لا يمنع من ذلك ، فإن مرجع المصلحة إلى نظر الوكيل ، فما علم فيه المصلحة يفعله ، وما اشتبه عليه يمتنع فعله ، ولأنه لو فصل ذلك العام المنتشر فقال : وكتلك في عتق عبيدى ، وتطليق زوجاتى وبيع أملاكى صح ،

لأن كل واحد منضبط برعاية المصلحة على ما اعترفوا به ، وذلك مشترك بين الأمرين ، فالأقوى الجواز مطلقاً ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن العموم المستفاد من هذه الأمثلة التي ذكرها في التذكرة مما ينافي اعتبار المصلحة ، كما أن تقييد هذا العموم منافي أيضاً ، فإن ظاهر هذا العموم أن للوكيل اخراجه من جميع ما يملكه من أموال عينية وحقوق شرعية واثبات ما عليه ربما لا يمكنه الخروج عن عهده ، وجميع ذلك خلاف المصلحة عرفاً وعادة ، كما أنه لو فصل كان كذلك ، فكلام المحقق لا يخلو عن قرب ، إلا أن يقال : انه قد رضي بذلك ، فهو في حكم ما لو فعل ذلك بنفسه ، « والناس مسلطون على أموالهم » فيصح بناء على ذلك ، ولائمة هنا للتقييد بالمصلحة ، لأنه من الظاهر المعلوم عدم المصلحة ، لو فعل ذلك تفصيلاً ، مع قولهم بالجواز ، فكذا في صورة الاجمال الذي هو بمعناه .

وبالجملة فالأمر دائر بين احتمال عدم الصحة من لزوم الضرر ، وبين احتمال الصحة بناء على رضا بذلك ، لمعلومية ذلك عنده ، كما أنه لو فعله بنفسه كان كذلك ، وأما التقييد بالمصلحة وعدمها فلا مدخل له هنا .

نعم لقائل أن يقول : ان ما ادعيتموه من أن للإنسان أن يفعل بنفسه وماله ما شاء ممنوع ، فانه متى تجاوز في التصرف إلى حد يوجب الاسراف وادخال الضرر على نفسه ، كان ممنوعاً بالآيات والروايات الدالة على تحريم الاسراف ، ووجوب دفع الضرر عن النفس والمال (١) ، وحينئذ فيرجع الأمر إلى اعتبار المصلحة في تصرفه بنفسه أو وكيله ، وعلى هذا فيمكن القول ببطلان الوكالة في صورة العموم على وجه المذكور ، لادخاله الضرر على نفسه ، لأن مقتضى هذا العموم الضرر كما عرفت ، كما أنه لو فصل هذا العموم كان ضرراً بيناً ، فتبطل الوكالة في الموضعين ، ويمكن أن يقال : بالصحة نظراً إلى أنه وإن كان مقتضى العموم ذلك ، إلا أن تقييد تصرف الوكيل بالمصلحة يزيل ذلك .

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٢ عدة روايات باب فضل القصد ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦١ ب ٢٧

ومما يمكن أن يستدل به على جواز تصرف الانسان في ماله كيف شاء وان أوجب الضرر صحيحة محمد بن يحيى الخثعمي (١) قال : كنا عند أبي عبدالله عليه السلام جماعة إذ دخل عليه رجل من موالى أبي جعفر عليه السلام عليه السلام جلس وبكى ، ثم قال له : جعلت فداك إني كنت أعطيت الله تعالى عهداً أن عافاني الله من شيء كنت أخافه على نفسي أن أتصدق بجميع ما أملك وان الله تعالى عافاني منه ، وقد حولت عيالي من منزلي الى قبة من خراب الأنصار وقد حملت كل ما أملك ، فأنا بايع داري وجميع ما أملك فأتصدق به ؟ فقال : أبو عبدالله عليه السلام انطلق وقوم منزلك وجميع متاعك وما تملك بقيمة عادلة وأعرف ذلك ثم أعمد الى صحيفة بيضاء فاكتب فيها جملة ما قومت ثم انظر الى أوثق الناس في نفسك فادفع اليه الصحيفة وأوصيه ومرة ان حدث بك حدث الموت أن يبيع منزلك وجميع ما تملك فيتصدق به عنك ، ثم ارجع الى منزلك وقم في مالك على ما كنت فيه فكل أنت وعيالك مثل ما كنت تأكل ثم انظر بكل شيء تصدق به فيما تستقبل من صدقة أو صلة قرابة أو في وجوه البر فاكتب ذلك كله وأحصه ، فاذا كان رأس السنة فانطلق الى الرجل الذي أوصيت إليه فمره أن يخرج اليك الصحيفة ، ثم اكتب فيها جملة ما تصدقت وأخرجت من صلة قرابة أو بر في تلك السنة ، ثم افعل ذلك في كل سنة ، حتى تفي الله بجميع ما نذرت فيه ويبقى لك منزلك ان شاء الله تعالى قال : فقال الرجل : فرجت عني يا بن رسول الله جعلني الله فداك .

وفيه أنه قد استفاضت الأخبار المعصومية وعضدها الآيات القرآنية بتحريم الاسراف . كقول أبي عبدالله عليه السلام في رواية حماد اللحام (٢) المروية في الكافي وتفسير العياشي لو أن رجلاً أنفق ما في يديه في سبيل من سبيل الله ما كان أحسن ولا وفق أليس الله تبارك وتعالى يقول « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » وأحسنوا

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٥٨ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣٦ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ٥٣ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥٨ ح ٧ .

ان الله يحب المحسنين ، يعنى المقتصدين .

وفي رواية هشام ابن المنثري (١) عن أبي عبد الله عليه السلام الواردة في تفسير قوله تعالى « وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا ان الله لا يحب المسرفين » ، فقال : كان فلان بن فلان الانصارى سماء وكان له حرث ، فكان اذا أخذ يتصدق به يبقى هو وعياله بغير شيء ، فجعل الله تعالى ذلك سرفا .

وفي صحيحه الوليد بن صبيح (٢) قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فاجاءه سائل فأعطاه ثم جاء آخر فأعطاه ، ثم جاء آخر فقال يسع الله تعالى عليك ثم قال : لو أن رجلا كان له مال يبلغ ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثم شاء أن لا يبقى منها الا وضعها في حق لفلان فيبقى لامال له ، فيكون من الثلاثة الذين يرد دعاؤهم قلت من هم ؟ قال : أحد هم رجل كان له مال فأنفقه في غير وجهه ، ثم قال : يارب ارزقني فيقال له : « ألم أرزقك » .

ومن ذلك خبر الصوفية (٣) المروي في الكافي الي غير ذلك من الأخبار الصريحة في تحريم ذلك ومن المقرر أن صحة نذر شيء فرع مشروعيته ، فلولم يكن مشروعاً لم ينعقد نذره ، ومنه يعلم أن الرواية المذكورة واردة على خلاف القواعد الشرعية ، بل ربما يقال : أن دلالة هذه الرواية على ما ندعيه من بطلان النذر أقرب ، لأنه لو كان النذر صحيحاً لأمره عليه السلام بالتصدق بأمواله حسبما نذره لأنه هو الواجب بالنذر ، ولما جاز نقلها الى الذمه بالقيمة ثم التصدق بها نذريجاً على وجه يندفع به الضرر الموجب لبطلان النذر لو لم يكن كذلك ، ولهذا ان الأصحاب قصروا العمل بالرواية على موردتها لمخالفتها لمقتضى القواعد الشرعية كما عرفت والله سبحانه العالم .

(١) الكافي ج ٢ ص ٥٥ ح ٥ ، الوسائل ج ٦ ص ٣٢٣ ح ٣ .
(٢) الفقيه ج ٢ ص ٣٩ ح ٢٠ الكافي ج ٤ ص ١٦ ح ١ وفيه الم أجل لك سيلا الى طلب الرزق .
(٣) الكافي ج ٥ ص ٦٥ ح ١ .
وهما في الوسائل ج ٦ ص ٣٢٢ ح ١ و ص ٣٠٢ ح ٨ .

المطلب الثالث في الموكل :

وفيه مسائل : الاولى : يشترط فيه التكليف بالبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه بالنسبة الى ما حجر عليه التصرف فيه ، وجملة من الاصحاب انما عبروا هنا بأنه يشترط أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية .

قال في التذكرة : يشترط في الموكل أن يملك مباشرة ذلك التصرف ، ويتمكن من المباشرة لما وكل فيه ، اما بحق الملك لنفسه ، وبحق الولاية عن غيره ، فلا يصح للصبي - ولا المجنون ولا النائم ، ولا المغمى عليه ولا الساهى ولا الغافل - أن يوكلوا ، سواء كان الصبي مميزاً أم لا ، وسواء كانت الوكالة في المعروف أم لا ، وعلى الرواية المقتضية لجواز تصرف المميز أو من بلغ خمسة أشبار في المعروف ووصيته في المعروف ينبغي القول بجواز توكيله ، وكذا كل من يعتوره الجنون حال جنونه ، ولو وكل حال افاقته صحت الوكالة ، لكن لو طرأ الجنون بطلت الوكالة ، انتهى .

أقول : لا ريب أنه وردت الروايات الكثيرة (١) الظاهرة في جواز تصرف الصبي المميز بالعتق والوصية والصدقة بالمعروف من غير معارض ، وبها قال جملة من الاصحاب ، وبذلك ثبت له جواز التوكيل ، وان كان خلاف المشهور بينهم لاعتراض أكثرهم من العمل بملك الروايات ، ولهذا حال ذلك هنا على تقدير ثبوت الرواية ، ومن ثم أيضاً قال في المسالك بعد ذكر عبارة المصنف المرادفة لهذه العبارة والأقوى المنع .

وأما ما ذكره من بطلان وكالة المجنون لو وكل حال الافاقة ، وطرأ الجنون ، ومثله لو طرأ الاغماء والحجر عما وكل فيه ، فالظاهر أن دليله أنه لا يصح التصرف من نفسه ، لو كان كذلك فمن وكيله بطريق أولى ، وقد مر أن من

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ الباب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات .

شرائط صحة التوكيل تملكه فعل ما وكل فيه ، ولا شك أنه ليس بمالك له في تلك الأحوال .

وفيه أنه إن أريد بطلان الوكالة بطرود هذه الأمور واستمرارها بحيث لا تحصل له الأفاقة من الجنون ولا من الأغماء ولا دفع الحجر فهو جيد ، وإن أريد البطلان ولومع زوال تلك الأمور كما هو الظاهر من كلامهم ، فإنه يمكن تطرق المناقشة إليه ، بأنه من الجائز أن اشتراط تملك الموكّل لما وكل فيه إنما هو باعتبار الابتداء ، بمعنى أنه لا يجوز له التوكيل إلا فيما يملك التصرف فيه ، كما تقدم ذكره ، لا باعتبار الاستدامة ، فلو حصلت الوكالة في حال كونه مالكا للتصرف بحيث يصح وقوع ذلك الفعل منه ، فالوكالة صحيحة اتفاقا ، وبطلانها بمجرد عروض أحد هذه الأشياء يحتاج إلى دليل ، ولادليل على شرطية هذا الشرط في الاستدامة ، ولا تنقاض ذلك بالنائم مع الاتفاق على عدم البطلان بالنوم ، ولعل دليلهم إنما هو الاجماع ، إلا أنه لم يدعه أحد منهم فيما أعلم .

وبالجملة فإن أصالة صحة الوكالة ثابتة ، والبطلان يحتاج إلى دليل ، والدليل الذي أورده قاصر ، كما عرفت .

والظاهر أن المراد بمن له حق الولاية هو الأب والجدة والوصي والحاكم الشرعي ، أما الأب والجدة فظاهر ، وأما الوصي إذا كان وصيا على الأطفال فإن له ولاية كولاية الأبوين ، وكذلك الوصي في إخراج الحقوق إليه ذلك ، فإن معنى وصيته إليه بذلك جعله بنفسه .

قال في التذكرة : للوصي أن يوكل ، وإن لم يفوض إليه الموصى ، ذلك بالنصوصية ، لأنه يتصرف بالولاية كالأب والجدة ، لكن لو منعه الموصى من التوكيل وجب أن يتولى بنفسه ، وليس له أن يوكل حينئذ لقوله تعالى (١) « فمن بدله بعد ما سمعه الآية ويجوز للحاكم أن يوكل عن السفهاء والمجانين

ج ٢٢ في جواز تو كيل المحجور عليه فيما لا يتعلق به الحجر ٤٩

والصبيان من يتولى الحكومة عنهم ، ويستوفي حقوقهم ، ويبيع عنهم ، ويشترى لهم ، ولانعلم فيه خلافا ، انتهى .

وأما العبد على القول بملكه فانه ليس له التوكيل على الأشهر الأظهر الا باذن الموصى ، لأنه وان ملك الا أنه محجور عليه ، كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع وفي كتاب الحجر .

نعم استثنى من ذلك الطلاق ، فانه بيد من أخذ بالساق ، فله التوكيل فيه ولو أحلنا ملكه كما هو أحد القولين ، فوقع التوكيل منه إنما يكون في حق مولاه ، فيتوقف على الاذن ، لأنه لا يجوز له التصرف مباشرة بدون الاذن ، ولا يملك التصرف .

وقد عرفت أن التوكيل في أمر فرع صحة تملك التصرف فيه ، ومثله سائر أفراد المحجور عليهم ، فانه يجوز لهم التوكيل ، فيما لا يتعلق به الحجر ، قال في التذكرة : وللمحجور عليه بالفلس أو السفه أو الرق أن يوكلا فيما لهم الاستقلال حيث شاءا من التصرفات ، فيصح من العبد أن يوكلا فيما يملكه من دون إذن سيده ، كالطلاق والخلع ، وطلب القصاص ، والمفلس له التوكيل في الطلاق والخلع وطلب القصاص ، والمعاملة بغير عين المال ، والتصرف في نفسه ، فانه يملك ذلك ، وأما ماله فلا يملك التصرف فيه ، وأما مالا يستقل أحدهم بالتصرف فيه فيجوز فيه مع إذن الولي والمولى ، انتهى .

وما يشعر به كلامه من جواز تو كيل السفه مع إذن المولى قد تأمل فيه بعض المحققين ، قال : فانه بمنزلة المجنون والصبي ، وقد منع منهما وما اعتبر بإيقاعه بحضور الولي أيضاً وبرضاه لعدم الاعتداد بعبارة .

أقول : قد مر في كتاب الحجر نقل الخلاف فيما لو أذن الولي للسفيه في البيع فقيل : بالمنع وهو مذهب المبسوط وابن البراج ، وقيل : بالصحة ، ونقله العلامة في المختلف عن بعض علمائنا واختار ، فينبغي أن يكون الكلام هنا كذلك ،

الا أن الأقرب هو الصحة في الموضعين ، والفرق بينه وبين الصبي والمجنون ظاهر ، فان عبارتهما مسلوقة الصحة ، لعدم التكليف الذي هو مناط ذلك بخلاف السفیه . فان الحجر عليه إنما هو من حيث خوف الفساد والتبذير ، وعدم الإصلاح في تصرفاته ، وهذا مأمون بالاذن له فلا مانع حينئذ من الصحة ، ولو وكله انسان في شراء نفسه من مولاة فالمشهور الصحة ، قالوا : والمراد وكالته باذن مولاة لتوقف تصرفاته على الاذن منه ، الا ما استثنى والظاهر أنه يكفى في الاذن المذكور ايجاب السيد للمبيع مخاطباً به العبد ، وان كان ظاهر كلام جملة منهم الاذن الخاص في ذلك ، وربما قيل : بالمنع لاشتراط مغايرة المشتري للمبيع ، والمشتري والمبيع هنا واحد ، وهو العبد ، ورد بأن المغايرة الاعتبارية كافية ، وربما قيل . بلزوم كون السيد موجباً قابلاً .

وفيه أيضاً ما تقدم ، قال في المبسوط : إذا وكل رجل عبداً في شراء نفسه من سيده قيل : فيه وجهان : أحدهما يصح ، كما لو وكله في شراء عبد آخر باذن سيده ، والثاني لا يصح ، لأن يد العبد كيد السيد وايجابه وقبوله باذنه بمنزلة ايجاب سيده وقبوله ، فإذا كان كذلك وأوجب له سيده وقبله كان السيد هو الموجب القابل للمبيع ، وذلك لا يصح ، فكذلك ههنا ، ثم قال : والاول أقوى . وقال ابن البراج : الاقوى عندي أنه لا يصح الا أن يأذن له سيده في ذلك ، فان لم يأذن له فيه لم يصح ، قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : والحق ما قويه الشيخ ، لأن بيع مولاة رضاً منه بالتوكيل ، انتهى .

أقول : ومن كلامه يفهم أن من أطلق من الأصحاب كالشيخ والمحقق والعلامة فان مرادهم الاكتفاء بالايجاب ، وما يدل عليه من الرضا بذلك عن الاذن الصريح ، وظاهر كلام ابن البراج تقدم الاذن أولاً قبل العقد ، وهو ظاهر شراح كلام المحقق والعلامة ، والحق ما ذكره في المختلف ، والله سبحانه العالم .
الثانية : قالوا : ليس للتوكيل أن يوكل إلا باذن من الموكل ، لأن التوكيل

لا يملك مباشرة ما وكل فيه بنفسه قبل الوكالة، ومن شرط صحة التوكيل تملك الموكل للتصرف بنفسه ولا ولاية له، فلا بد من الاذن حينئذ، الا أن يدل اللفظ باطلافة أو عمومته على ذلك، كقوله اصنع ماشئت، ونحوه من الأمثلة المتقدمة في كلامه في التذكرة، وان لم يحصل ذلك صريحاً ولا ضمناً، لكن دلت القرائن على ترفع الوكيل عن مثل ذلك الفعل لشرفه وعلو منزلته، وعدم لياقة مباشرة ذلك الفعل به أو عجزه عنه فكذلك أيضاً، لكن يجب علم الموكل بذلك.

تنبيهات:

الاول: قال في التذكرة: التوكيل على ثلاثة أقسام: الاول: أن يوكل الموكل وكيله في التوكيل، فيجوز أن يوكل اجمعاً، والثاني: أن ينهاء عن التوكيل، فليس له أن يوكل، الثالث: أطلق الوكالة، وأقسامه ثلاثة: أحدها أن يكون العمل مما يرفع الوكيل عن مثله، كالاعمال الدنية في حق اشراف الناس المرتفعين عن مثلها في العادة، كما لو وكله في البيع والشراء، والوكيل أمين لا يتبدل بالتصرف في الأسواق، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه، فله التوكيل فيه، لأن تفويض مثل هذا التصرف إلى مثل هذا الشخص لا يقصد منه إلا الاستنابة، وهو قول علمائنا أجمع وأكثر الشافعية.

الثاني: أن يكون العمل مما لا يرفع الوكيل عن مثله الا أنه عمل كثير منتشر لا يقدر الوكيل على فعل جميعه، فيباشره بنفسه، ولا يمكنه الاتيان بالكل، فعندنا يجوز له التوكيل، ولا تعلم فيه مخالفاً، وله أن يوكل فيما يزيد على قدر الامكان قطعاً، وفي قدر الامكان اشكال أقرب به ذلك، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فيه، فجازت في جميعه كما لو أذن له في التوكيل فيه بلفظ، وللشافعية ثلاث طرق، ثم ساق الكلام الى أن قال: الثالث ما عدا هذين القسمين، وهو ما أمكنه فعله بنفسه، ولا يرفع عنه، وقد قلنا أنه لا يجوز له أن يوكل فيه الا بأذن الموكل، إلى أن قال: إذا وكله بتصرف وقال: افعل ماشئت لم يقتض ذلك

الاذن في التوكيل ، لأن التوكيل يقتضى تصرفاً يتولاه بنفسه ، وقوله اصنع ما شئت لا يقتضى التوكيل ، بل يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ، وهو أصح قولي الشافعية ، والثاني أن له التوكيل وبه قال أحمد ، واختاره الشيخ في الخلاف ، لأنه أطلق الاذن بلفظ يقتضى العموم في جميع ما شاء فيدخل في عموم التوكيل وهو ممنوع ، انتهى .

أقول : والنصوص هنا غير موجودة ، الا أن ما ذكره جيد بناء على الجرى على مقتضى تعليلاتهم في أمثال هذه المقامات ، الا فيما ذكره من قوله وفي قدر الامكان اشكال أقرب به ذلك ، فان الظاهر أن ما قر به بعيد ، قوله « لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فيه » إلى آخره ممنوع ، بل إنما اقتضت جواز التوكيل فيما يعجز عنه من حيث العجز ، لا عرافه أخيراً بأن التوكيل يقتضى تصرفاً يتولاه بنفسه ، وهو هنا بالنسبة إلى محل الاشكال عنده ممكن ، لأن المفروض أنه ممكن لا يتعلق به عجز ، فلا يجوز التوكيل فيه ، بل يجب عليه مباشرته بنفسه ، كما هو مقتضى الوكالة باعترافه .

والى ما أشرنا أشار في المسالك أيضاً ، فقال بعد ذكر جواز التوكيل فيما يرتفع عنه التوكيل أولاً ثم الجواز فيما يعجز عنه ما لفظه : ويقتصر في التوكيل في الأخير على ما يعجز عنه ، لأن توكيله خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على موضع الحاجة ، وهو جيد ، وكذا قوله : ان قوله افعل ما شئت لا يقتضى الاذن في التوكيل ، فان الظاهر هنا انما هو ما نقله عن الشيخ من الجواز حسبما قدمنا نقله عنهم .

ومن جملة من صرح بذلك شيخنا في المسالك فقال : فان أذن له في التوكيل صريحاً فلا اشكال ، وكذا لو دل اللفظ باطلاقه أو عمومه على ذلك ، كاصنع ما شئت أو مفوضاً ونحوه ، وبما أوردناه عليه في هذين الموضعين اعترف في القواعد ، فقال : ولا يصح توكيل الصبي إلى أن قال : ولا التوكيل إلا بأذن

موكله صريحاً أو فحوى ، مثل اصنع ماشئت ، والأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة واتساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة اذن في التوكيل معنى فحينئذ الاقرب أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع انتهى .

وبيان ذلك هنا أن اطلاق التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه ، كما صرح به ، فلا بد لزيادة هذا القيد ونحوه من فائدة تترتب عليه ، والالكان لغواً من القول ولا ريب أن من جملة ما يشاء توكيل الغير اذا شاء ، ولو حمل هذا اللفظ على ما دل عليه أصل الوكالة من غير أن يكون له فائدة تترتب عليه لكان اللزوم ما قلناه ، ولا شك أنه هو المتبادر من اللفظ ، الا أن يكون ثمة قرائن حالية توجب الخروج عن ذلك .

ثم ان ما ذكره من جواز التوكيل في صورة الترفع والعجز ينبغي تقييده بما أشرنا اليه آنفاً من علم الموكل بذلك ، لأنه لو لم يعلم الموكل بشيء من هذين العذرين المانعين من القيام بما وكل فيه لم يجز لذلك الوكيل توكيل غيره ، لاقتفاء القرينة من جانب الموكل التي هي مناط الاذن ، لان معرفة الموكل بكونه يرتفع أو يعجز في قوة الاذن له بالتوكيل ، كما عرفت من عبارة القواعد المذكورة ، وأنه انما وكله ، والحوال كذلك إلا مع رضاه واذنه بالتوكيل ، بخلاف ما لو لم يعلم بذلك ، وهو ظاهر .

الثاني : قال في التذكرة ، اذا أذن له أن يوكل فأقسامه ثلاثة : الأول :

أن يقول له : وكل عن نفسك ، ففعل كان الثاني وكيلاً للوكيل ، ينزل بعزل الأول اياه ، لأنه نائبه وهو قول الشافعي ، ثم ذكر الخلاف في ذلك من العامة وأقوالهم الى أن قال : والثاني : لو قال : وكل عني فوكل عن الموكل ، فالثاني وكيلاً للموكل وليس لأحدهما عزل الآخر ، ولا ينزل أحدهما بموت الآخر ، ولا جنونه وانما ينزل أحدهما بعزل الموكل ، فأيهما عزله انعزل .

الثالث : لو قال : وكلتك بكذا وأذنت لك في توكيل من شئت ، أو في أن

توكل وكيلاً ولم يقل عني ولا عن نفسك ، بل أطلق فللشافعية وجهان : أحدهما

أنه كالصورة الأولى ، وهي أن يكون وكيلا عن الوكيل ، لأن المقصود من الاذن في التوكيل تسهيل الأمر على الوكيل ، وأصحهما عندهم أنه كالصورة الثانية يكون وكيلا للموكل ، فان التوكيل تصرف يتزلاه باذن الموكل ، فيقع عنه اذا جوزنا للوكيل أن يوكل في صورة سكوت الموكل عنه ، فينبغي ان يوكله عن موكله ، ولو دكل عن نفسه ، فللشافعية وجهان ، انتهى .

أقول : ظاهر كلامه هو التوقف في القسم الثالث حيث لم يذكر فتواه في ذلك ، وإنما اقتصر على نقل الوجهين من كلام الشافعية ، وذكر تعليلاتهم ، ويحتمل أن يكون عدم رده لما ادعوه من الأصحية ولارد دليلها مؤذنا باختياره ذلك ، ورجحه بعض محققى متأخرى المتأخرين ، قال : لأن صاحب المسال إذا أذن بتوكيل من يوكل في بيع ماله أنه يوكله عن نفسه ، ولأنه ثبت بذلك توكيله وبأذنه في فعل الثانى ذلك الموكل فيه فعزله ومنعه من ذلك يحتاج إلى دليل ، والأصل عدمه والاستصحاب يفيد ، انتهى .

أقول : والمراد من قوله يوكل في صورة سكوت الموكل يعنى مع فهم الجواز من القرائن كما تقدم لامطلقاً ، فانه لا قائل به .

الثالث : قال في التذكرة أيضاً : كل وكيل جازله التوكيل فليس له ان يوكل الا أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيد فيما فيه الخطر والضرر كما أن الاذن في البيع يقتضى الاذن بضمن المثل ، الا أن يعين له الموكل فيجوز سواء كان أميناً أو لا ، اقتصاراً على ما نص عليه المالك ، ولأن المالك قطع نظره بتعيينه ، ولو دكل أميناً فصار خائناً فعليه عزله ، لأن تركه يتصرف في المال مع خيائته تضييع وتفريط على المالك ، وللشافعية وجهان : في أن يحل له عزله ، انتهى .

أقول : الظاهر من كلامهم من غير خلاف يعرف هو عدم اشتراط العدالة في الوكيل ، وغاية ما ذكره في شرطه هو البلوغ والعقل ، والاسلام ان كان

الغريم مسلماً ، بل صرح في الشرايع بجواز كونه فاسقاً أو كافراً أو مرتدّاً ، والظاهر أنه لا فرق في ذلك بين الوكيل عن المالك ، والوكيل عن وكيله ، لأن الحكم في الوكيل لا يزيد على الحكم في المالك فكل من جاز للمالك توكيله ، جاز لو كيّله كذلك ، لأنه قائم مقام المالك وفي حكمه ، إلا أن يقوم دليل على الفرق بينهما ، ولا أعرف لذلك دليلاً ، والاصل العدم في الموضوعين ، وما ذكره هنا من التعليل بقوله لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين إنما يتم لوقلنا : باشتراط الوثاقة والأمانة فيمن يوكله الموكل .

وقد عرفت أنه غير شرط ولم يصرح به أحد منهم بل إنما صرحوا بخلافه ، وكيف يتم ما ذكره من أنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين بمعنى أنه ليس يرضى بذلك ولا يجيزه ، والحال أنه يوكل الفاسق المقطوع بكونه غير أمين كما عرفت ، فلو كان نظر الموكل مقصوراً على الأمين ، وإن ذلك من شروط الوكالة لا تمتنع توكيله الفاسق ، وكيف يراعى هذا النظر في وكيل وكيله ، ولا يراعى في وكيله هو .

وبالجملة فإنه إذا صحت وكالته للفاسق والكافر المعلوم عدم أمانتهم ، والجائز وقوع الخطر والضرر بوكالتهم ، فلم لا يجوز فيمن يوكله الوكيل والخطر والضرر في الموضوعين متدارك بفسخ الموكل الوكالة ، وقياسه ذلك على الاذن في البيع المقتضى لثمن المثل قياس مع الفارق ، فإن البيع لما كان الغالب فيه هو البيع بثمن المثل حمل عليه الاطلاق ، لما عرفت في غير موضع مما تقدم أن الاطلاق إنما يحمل على الأفراد الغالبة الشائعة ، بخلاف التوكيل ، لما عرفت من أن للموكل توكيل الوكيل والفاسق والكافر والمرتد ونحوهم ممن لا أمانة لهم ، فاطلاق توكيل الوكيل لغيره إنما ينصرف إلى ذلك ، لا إلى خلافه وعكسه من اشتراط الأمانة فيه ، وبما صرح به هنا صرح في القواعد أيضاً ، فقال : وكل موضع للوكيل أن يوكل فيه فليس له أن يوكل الاً أميناً الا أن يعين الموكل

غيره ، على أن ما ذكره من التعليل بقوله لأنظر للموكل في توكيل من ليس بأمين لا يخرج عن المصادرة ، لأن هذا عين المدعى كما هو الظاهر .

وبالجملة فانه لا يظهر لي وجه صحة لما ذكره ، ولعله لسوء فهمي القاصر وضعف بصيرتي الحاسر ، وبذلك يظهر أن ما أطال به المحقق الأردبيلي هنا الكلام بعد نقل العبارة المذكورة من أن المسراد بالأمانة العدالة بالمعنى المشهور بين الأصحاب أو مجرد اطمينان النفس به في عدم الخيانة لا أعرف له وجهاً لأن هذا البحث فرع صحة هذا الشرط ، وقد عرفت مافيه وانه لا وجه له ، ولادليل عليه الا أن يقال بذلك في الوكيل : ولا قائل بذلك بل القول إنما هو بخلافه كما عرفت ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : لا يجوز للموكل أن يوكل فيما لا يجوز له مباشرة كما تقدم في صدر هذا المطلب ومن فروع ذلك أنه لا يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير ، لأنه لا يجوز شراءه ، وإن جاز ذلك للذمي ، ومنها أنه لا يجوز للمحرم أن يوكل في عقد النكاح ولا ابتياع الصيد ، ولا يجوز له أيضاً أن يتوكل فيما ليس للمحرم فعله كابتياع الصيد وامساكه وعقد النكاح ، وهذا الحكم قد ذكره الأصحاب في أحكام الموكل فعبثوا بالعبارة الأولى ونحوها . وفي أحكام الوكيل فعبثوا بالعبارة الثانية ونحوها ، والوجه في ذلك ظاهر ، فانه كما يشترط في الموكل أن لا يوكل إلا فيما يجوز له مباشرة ، كذلك يشترط في الوكيل أن لا يكون وكيلاً إلا فيما يكون قادراً على الاتيان به بنفسه ، وحينئذ فكما لا يجوز للمحرم أن يوكل في العقد فكذلك لا يجوز له أن يتوكل فيه ، وقد تقدم الكلام في ذلك في الحج ، اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا اشكال في تحريم ايقاع العقد فيهما في حال الاحرام ، وكذا التوكيل فيه . وانما الكلام فيما لو وقع التوكيل في حال الاحرام لايقاع العقد بعد الاحلال ، فان ظاهر اطلاقهم هنا هو البطلان ، مع أن الذي صرح به جملة منهم

في كتاب الحج هو الجواز ، تمسكاً بالأصل السالم عن المعارضة .
وكذا الكلام في أنه هل يخص التحريم بما إذا كان العقد للموكل ، أو
أعم من ذلك ؟ اشكال ، وإن كان المتبادر من كلامهم الأول .
قال في المسالك : وهل التحريم مشروط بكون العقد للموكل كما هو
ظاهر الكلام والنص ، أو هو أعم من ذلك حتى يحرم على الأب والجدة ،
وشبههما التوكيل حال الأحرام في إيقاع عقد المولى عليه ، وكذا الوكيل
الذي يسوغ له التوكيل كل محتمل ، وطريق الاحتياط واضح ، انتهى والله
سبحانه العالم .

الرابعة : قالوا : يستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما وكل فيه
عارفاً باللغة التي يحاور بها ، وعن ابن البراج ان ذلك واجب ، وكذا عن ظاهر
أبي الصلاح ، ثم ردوا ذلك بأنه ضعيف ، قالوا : ويكره لذوي المروآت بان
يتولوا المنازعة بأنفسهم ، والمراد بأهل المروآت يعني أهل الشرف والخطر
والمناصب الجليلة الذين لا يليق بهم الامتهان .

ونقل الأصحاب في كتب الفروع أنه روي (١) « أن علياً عليه السلام وكل عقيلاً
في خصومة ، وقال ، ان للخصومة قحماً ان الشيطان ليحضرها وأني لأكره أن
أحضرها » وفي الصحاح الفحمة بالضم المهلكة ، والمراد بأن للخصومة قحماً أي انه
تفحم بصاحبها الى ما لا يريد .

أقول : لم أقف على هذا الخبر فيما حضرني من كتب أخبارنا بل الموجود
فيها إنما هو ما يدل على خلافه « من قحماكم علي عليه السلام (٢) مع من رأى درع
طلحة أخذت غلواً عنده ، فقال عليه السلام درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة ، فأنكر
من هي بيده ، فدعاه المنكر الى المحاكمة الى شريح القاضي فحاكمه اليه » والقضية

(١) المستدرک ج ٢ ص ٥١١ ، النهاية لابن الاثير ج ٤ ص ١٩ ، لسان العرب

ج ١٢ ص ٤٦٣ وفيه وكل عبد الله بن جعفر .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٧٣ ح ١٥٢ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٩٤ ح ٦ .

مشهورة مروية « وتحاكم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) مع صاحب الناقة إلى رجل من قريش ، ثم إلى علي بن أبي طالب والرواية بها متعددة ، وتحاكم علي بن الحسين عليه السلام (٢) إلى قاضي المدينة مع زوجته الشيبانية لما طلقها وادعت عليه المهر ، وهذه كلها كما ترى ظاهرة في عدم الكراهة ، اذ لا ريب في أنهم عليه السلام سادات أرباب الشرف ، بل لاشرف فوق شرفهم .

نعم ما ذكره باعتبار العرف الذي عليه الناس الآن مما لاشك فيه ، ومن الطرائف المناسبة للمقام أنه ادعى رجل من عامة الناس علي رجل من أهل الشرف في بلادنا البحرين ، وكان من عادة ذلك الرجل الشريف لعلو مقامه أن يجلس بجانب الحاكم ، فلما ادعى عليه ذلك ، قال له الحاكم : قم واجلس إلى جنب خصمك ما دامت الخصومة ، فان هذا هو مقتضى الشرع ، فاذا فرغت الخصومة عد إلى مكانك ، فقال الرجل : اني لأبيع مقامي هذا بأضعاف ما يدعيه هذا المدعي وأني أشهدكم أنني قد سلمت إليه دعواه ، ولأقوم من مجلسي هذا ، وهو غاية في المحافظة على شرف النفس وعزتها ، وعدم امتهائها ومذلتها والله سبحانه العالم .

المطلب الرابع في الوكيل :

وفيه أيضاً مسائل : الاولى : كلما يشترط في الموكل من البلوغ والعقل ، ونحوهما ، وضابطه ما تقدم من التمكن من التصرف يشترط في الوكيل أيضاً ، قال في الشرايع : الوكيل يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل ، ولو كان فاسقاً أو كافراً أو مرتداً ، ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته ، لأن الارتداد لا يمنع الوكالة ابتداءً ، فكذا استدامة . وقال في التذكرة : كما يشترط في الموكل التمكن من مباشرة التصرف في الموكل فيه بنفسه ، يشترط في الوكيل التمكن من مباشرته بنفسه ، وذلك بأن يكون صحيح العبارة فيه فلا يصح للمصبي وللاللمجنون أن يكونا وكيلين في

(١) الفقيه ج ٣ ص ٦٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٠٠ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ٤٣٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ح ١ .

ج ٢٢ في اشتراط ما يشترط في الموكل في الوكيل أيضاً ٥٩

التصرفات ، سواء كان مميزاً الى آخر ما قدمنا نقله عنه في سابق هذا المطلب من الأفراد المعدودة ثمة ، وعلى هذا النهج كلام غيرهما .

وهو كما ترى ظاهر بل صريح فيما قدمنا ذكره من عدم اشتراط الوكيل وعدم اشتراط كونه أميناً كما ذكره العلامة فيما قدمنا نقله عنه في وكيل الوكيل وكان ذكر المرتد في عبارة الشرايع - بعد ذكر الكافر الشامل له ، لدفع توهم بطلان تصرفاته بعد الردة ، فان البطلان مخصوص بما كان من أمواله ، فانه يمنع منها دون مال الغير الذي وكل فيه ، فانه لا يدخل في ذلك ولا يمنع من تصرفه فيه بحسب الوكالة . وما ذكره في التذكرة من الشرط المذكور ، بمنزلة الضابط الكلي للوكيل ، ولكنه يحتاج أيضاً الى قيد زايد على ما ذكره ، كما نبه عليه المحقق في عبارة الشرايع بقوله : وكلما له أن يليه بنفسه وتصح النيابة فيه صح أن يكون فيه وكيل ، والاول احتراز عما لا يصح أن يليه بنفسه ولا يتمكن من مباشرته بنفسه ، كتوكيل المحرم في عقد النكاح ايجاباً وقبولاً ، وتوكله في حفظ الصيد وشرائه ، اذ ليس للمحرم أن يلي ذلك بنفسه كما تقدم ذكره .

ومنه الصبي والمجنون كما ذكره في التذكرة فانهما لا يليان ذلك ، ومنه الكافر لا يجوز له تزويج المسلمة ففي جميع هذه المواضع التي لا يملك فيها التصرف لنفسه لا يجوز له أن يكون وكيلاً فيها ، الا أن ظاهراً ابن ادريس الجواز في الأخير .

والثاني احتراز عما لا تصح النيابة فيه وان صح أن يليه بنفسه ، كالعبادات ونحوها مما تقدم ذكره مما يليه الانسان بنفسه من صلاة وصوم ونحوهما ، فانه لا تصح النيابة فيها ، لكونها مطلوبة من المكلف مباشرة ، ويدخل في هذا الضابط المحجور عليه لسفه أو فلس من جهة ، ويخرج من جهة ، فمن جهة ما حجب عليه التصرف فيه يخرج ، ومن جهة ما خرج عن موضع الحجب مما له التصرف فيه يدخل ، لأنهما يليان لأنفسهما بعض الافعال ، فتصح وكالتهما فيها .

الثانية : يجوز ، للمرأة أن تتولى طلاق غيرها بلا خلاف ولا اشكال ، لأن

الكراهة ، مع أنه في النهاية على ما نقل عنه ، قال : بعدم الجواز ، ونقله في المختلف أيضاً عن الخلاف والنهاية وأبى الصلاح ، وهو ظاهر الشيخ المفيد أيضاً ، وقد تقدم ذكر ذلك في المورد الثاني من المطلب الثاني ، والظاهر أنه لذلك تردد في الشرايع ، وإن استوجه بعد ذلك الجواز على الكراهة .

ثم أنه لا يخفى أن أكثر الأصحاب إنما عبروا بالذمي ولا يظهر له وجه ، مع أنه متى ثبت ذلك في الذمي ثبت في غيره بطريق أولى ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : قد عرفت مما قدمنا نقله عن الشرايع في المسئلة الأولى جواز أن يكون الوكيل فاسقاً أو كافراً أو مرتدّاً ، وقال في المسالك في مسألة عدم اشتراط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح ما لفظه : وكذا الوكيل في عقد النكاح ، لا يشترط أن يكون عدلاً بل يصح توكيل الفاسق فيه إيجاباً وقبولاً لقبوله النيابة وأصالة عدم اشتراط العدالة ، إذ لا يتضمن ذلك استيماناً على أمر خفي كالمال ، خلافاً لبعض الشافعية ، حيث اشترط العدالة فيهما .

وأما اشتراط عدالة الولي في ولاية المال ففيه خلاف بين أصحابنا ، وفي التذكرة قطع بأن الفاسق لا ولاية له ، حتى لو كان عدلاً ففسق انتزع المال منه ، واستشكل في القواعد في باب الوصايا ، انتهى .

أقول : ما نقله عن التذكرة لم أقف عليه في كتاب الوكالة بعد التتبع لبحاث الكتاب المذكور ، والذي وقفت عليه إنما هو خلاف ما نقله ، حيث قال في الكتاب المذكور : لو فسق الوكيل لم ينزل عن الوكالة إجماعاً ، لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة مما ينافي بالفسق ، كالإيجاب في عقد النكاح عند العامة ، فإنه ينزل عندهم ، بمجرد فسقه ، أو فسق موكله لخروجه عن أهلية التصرف فيه عندهم ، وعندنا لا ينزل بالفسق ، إذ لا يشترط العدالة في ولي النكاح ، وأما في القبول وإن فسق الموكل لم ينزل وكيله بفسقه ، لأنه لا ينافي في جواز قبوله ، وهل ينزل الوكيل بفسق نفسه ، فيه للعامة وجهان : ولو كان وكيلاً

فيما يشترط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ، ونحوه
انعزل بفسقه ، وفسق موكله لخروجهما بذلك عن اهلية التصرف ، وان كان وكيلاً
لو كـيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه ، لأنه ليس للوكيل أن يـوكل
فاسقاً ، ولا ينعزل بفسق موكله ، لأنه وكيل لرب المال ، ولا ينافيه الفسق ،
انتهى .

أقول : وأنت خير بما فيه من الصراحة في صحة كون الوكيل فاسقاً ،
وظاهره دعوى الاجماع عليه ، لأن عدم انعزاله بالفسق إنما هو من حيث عدم
منافاة الفسق ، لصحة الوكالة كما هو المذکور في آخر عبارته ، وأن المدار في
الوكيل وصحة كونه وكيلاً إنما هو على أهلية التصرف ، كما قدمنا نقله عنه في
المسئلة الأولى ، وان هذا هو الضابط في صحة الوكالة ، وكأن الوجه فيه أن المالك
إذا رضی بذلك وسلم اليه ماله وأمره بالتصرف فيه على الوجه الذي أمره « والناس
مسلطون على أموالهم » ولأمانع من الصحة ، ولهذا استثنى من ذلك وكيل ولي
اليتيم ، ووكيل ولي الوقف الذين قد علم من الشارع أن ولاية موكليهما على
ذینك الأمرين إنما هو لأجل المحافظة على ذلك ، ومراعات المصلحة ، فلا بد من
أن يكون عدلاً ، إذ لا وثوق بغيره ، بخلاف مال الانسان نفسه ، فانه مخير في
دفعه الى من شاء كيف شاء .

وأما عدمه من ذلك وكيل الوكيل ، فقد تقدم الكلام فيه ، وتطرق المناقشة
اليه ، ويظهر من ابن ادریس في السرائر أيضاً دعوى الاجماع على عدم اعتبار عدالة
الوكيل كما سمعت من كلام العلامة هنا ، حيث قال في مسئلة وكالة الكافر في
التزويج : والذي يقوى في نفسي أنه لا يمنع من وكالة الكافر مانع في التزويج
المذکور ، لأننا لا نعتبر العدالة في الوكيل ، بغير خلاف ، لأنه لا مانع منه من
كتاب ولا اجماع ولا سنة متواترة ، انتهى .

ويؤيد ذلك أيضاً ما تقدم في المسئلة الثالثة في بيان مدار الوكالة ، وما

ذكره بالنسبة الى المرتد من أنه لا تبطل وكالة المسلم برده ، لأن الردة غير مانعة من صحة الوكالة ابتداء ، فكذا الاستدامة ، كما صرح به في التذكرة وغيره من غير نقل خلاف الا من بعض العامة ، وبما ذكرنا يظهر ما في دعوى شيخنا المتقدم ذكره أن المسئلة في وكالة المال خلافية ، وأن بعضهم ذهب الى اشتراط العدالة فيها ، ومما يؤيد ما قلناه أيضاً ظاهر قوله سبحانه (١) « ومنهم من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك » وبالجمله فانه يجب القطع بعدم اشتراط العدالة في الوكيل في كلامهم ، والاصل عدم حتى يقوم الدليل على خلافه ، والله سبحانه العالم .

الخامسة : قال في التذكرة : يجب على الوكيل اعتماد ما عين الموكل وقرره معه ، ولا يجوز له المخالفة في شيء مما رسمه له ، فيصح تصرف الوكيل فيما وافق الموكل ، وببطل فيما يخالفه مع صحة الوكالة ، والموافقة والمخالفة قد يعرفان بالنظر الى اللفظ تارة ، وبالقرائن التي تنضم اليه أخرى ، وأن القرينة قد تقوى فينزل عليها اطلاق اللفظ .

أقول : هذا من جملة الضوابط في الوكالة أيضاً ، ومرجه الى أنه لا يجوز له المخالفة عما رسمه الموكل ، الا أن تدل القرائن على ارادته ، ورضي الموكل به أو تشهد العادة بذلك ، ولكن لا بد من اطرادها بما دلت عليه ، فانه يكون حينئذ في حكم المعين ، والمرسوم من جهة الموكل .

ويتفرع على ذلك فروع : منها - ما لو أذن له في البيع نسبة فباع نقداً أو عين له ثمناً فباع بأزيد منه ، فانه داخل في المأذون فيه بطريق أولى ، لأنه قد زاد خيراً ، والعرف والعادة يشهدان بذلك ، إلا أنه يجب تقييده بما إذا لم يعلم له غرض في التعيين بذلك وإلا لم يجز التعدي عما رسمه ، وان لم يصرح بالنهاي ، لأن الاغراض تختلف في ذلك والمصالح لا تنضبط ، ولو صرح له بالمنع فأولى بعدم الجواز .

قال في التذكرة لو أمره بالبيع بمائة ، ونهاه عن البيع بالأزيد لم يكن له البيع بالأزيد قطعاً ، لاحتمال تعلق غرضه بذلك ، فلا يجوز له التخطي ، ومنها ما لو أمره بالبيع في سوق معين ، بضمن معين ، فباع في غيرها بذلك الثمن ، أو أطلق ولكن باع بضمن المثل الذي ينصرف إليه الاطلاق صح أيضاً : بناء على أن الغرض تحصيل الثمن الا أنه يجب تقييده بما قدمنا ذكره ، من عدم العلم بالغرض من ذلك التعيين ، فلو علم الغرض منه كما لو كان الراغبون بذلك السوق أكثر ، أو النقد فيها أجدود ، أو المتعاملون فيها أسمح ، أو نحو ذلك لم يجز له التخطي ، وعن التذكرة ، أنه اشترط هنا العلم بعدم الغرض ، وعليه فلا يصح في صورة الجهل ، ولا يجوز التخطي .

وكيف كان فإنه مع صحة البيع في غير ما عين ، فالظاهر من كلام بعضهم أنه لا يجوز النقل له الى غير ذلك المكان الذي عدل اليه ، والظاهر أنه لخروجه عن الاذن يكون ضامناً بالنقل اليه ، ويكون ضامناً للثمن بعد البيع أيضاً لعين ماذكر ، وإنما تظهر الفائدة في الحكم بصحة البيع خاصة .

وقال في التذكرة بعد ذكر مسألة البيع في السوق - وعدم تعرضه فيها للضمان وعدمه - : ولو قال بعه في بلد كذا احتتمل أن يكون كقوله بعه في السوق الفلاني ، حتى لو باعه في بلد آخر جاء فيه التفصيل ، ان كان له غرض صحيح في التخصيص لم يجز التعدي ، وإلا جاز ، لكن يضمن هنا الوكيل بالنقل إلى غير البلد للعين ، وكذا الثمن يكون مضموناً في يده ، بل لو أطلق التوكيل في بلديبيه في ذلك البلد فلو نقله صار ضامناً ، انتهى .

وعندي في كل من هذين الكلامين اشكال ، أما الأول وهو الضمان مع النقل إلى تلك البلد الأخرى ، فلأنه لا يجز ما ذكره من أنه يصح البيع ، لأن الغرض تحصيل الثمن الا أن يعلم غرضه في التعيين ، فان مقتضى هذا الكلام جواز المخالفة والنقل ، وان هذا الغرض مع عدم المانع المذكور قرينة على جواز المخالفة في

تعيين السوق ، فكأنه بالنظر إلى هذا الغرض وعدم المانع قال له بع بهذا الثمن ان شئت ، فإذا حكم بجواز المخالفة كيف يتعقبه الضمان .

وبالجملة فإن المانع من جواز النقل إنما هو العلم بالغرض من التعيين ، وأما مع عدمه فيجوز كما هو ظاهر عبارة التذكرة المذكورة ، وعليه فلا يتم القول بالضمان ، لأنه مأذون في ذلك بمفهوم الكلام المتقدم .

وأما الثاني وهو ما ذكره في التذكرة فإن ظاهره كما عرفت أنه مع عدم العلم بالغرض الصحيح في التخصيص يجوز التعدي ، ثم انه فرق بين الاذن بالبيع في السوق وفي البلد ، فأوجب الضمان في الثاني دون الاول ، ولا أعرف له وجهاً ظاهراً ، وبيان ذلك أنه ذكر مسألة البيع في السوق أولاً ، ولم يتعرض للضمان بالمخالفة ، ثم ذكر مسألة البيع في البلد كما نقلناه عنه ، وقال : لكن يضمن هنا ، وهو ظاهر فيما قلناه من تخصيصه الضمان بهذه الصورة ، دون تلك ، وفيه ما ذكرناه .

وبالجملة فانه ان فهم الاذن في المخالفة من الكلام المذكور في كل من هذين الموضعين فانه تجوز المخالفة ، ولا يتعقب ذلك ضمان ، وان لم يفهم لم يجز النقل وتعقبه الضمان ، لأنه تصرف في مال الغير بغير اذن ، وفي صحة البيع أيضاً اشكال .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر كلام كثير منهم الفرق بين السوق وغيرها مما يعينه الموكل ، وتخصيص جواز المخالفة بالسوق خاصة ، إلا مع العلم بالغرض مع التعيين ، وأما غيرها فلا ، وهو مشكل لعدم ظهور الفرق .

قال في التذكرة : يجب على الوكيل تتبع تخصيصات الموكل ، ولا يجوز له العدول عنها ، ولا التجاوز إلا في صورة السوق على ما يأتي ، بل يجب النظر الى تقييدات الموكل في الوكالة ، ويشترط على الوكيل رعاية المفهوم منها بحسب العرف الى آخره ، ويشير الى ما ذكرناه أيضاً ما صرح به المحقق الأردبيلي (رجمة الله عليه) ، ثم ان الأصحاب ذكروا هنا جملة من الفروع في مطولات كتبهم ورجعها الى ما عرفت في الضابط المتقدم ، والله سبحانه العالم .

ج ٢٢ في حكم صور بطلان الشراء للموكل من جهة مخالفة الوكيل لما عينه ٦٧

السادسة: قد صرحوا: بأن كل موضع يبطل الشراء للموكل إما للمخالفة كما أشير إليه في سابق هذه المسئلة، أو لانكار الموكل التوكيل، فإن كان سمي الموكل في العقد لم يقع العقد عن الموكل لعدم الوكالة، أو للمخالفة، ولا عن الوكيل، لأن المذكور في العقد غيره، كما هو المفروض، وإن لم يكن سمي وقع عن الوكيل بحسب الظاهر، وأما في نفس الأمر فإن كان قصده ونواه لنفسه فهو له، وإن نواه للموكل لم يقع له أيضاً لما تقدم، والمخرج عن ذلك إما بالمصالحة، أو بأن يقول الموكل إن كان لي فقد بعته من الوكيل.

أقول: وإن أردت زيادة توضيح لهذا المقال فاعلم أن ذلك يقع في موضعين أحدهما أن يكون بطلان الشراء مستنداً إلى المخالفة لأمر الموكل، ولاريب أنه مع تسمية الموكل في العقد، والحال أنه قد خالفه فيما وكله فيه فإنه لا يقع عنه وإن سمي به بل يكون فضولياً يتوقف صحته على الإجازة بناءً على المشهور في عقد الفضولي، ولا يقع عن الوكيل أيضاً لأن المسمى في العقد غيره، وأما مع عدم ذكر الموكل في العقد فإنه يقع بحسب الظاهر عن الوكيل، حيث أن الخطاب معه، وعلى هذا فللبايع أن يأخذ منه الثمن، ويلحقه جميع الأحكام المترتبة على البيع بناءً على ذلك الظاهر، فإن الأحكام إنما تبنى عليه دون نفس الأمر، ولكن يجب تقييد الحكم بكون الشراء للوكيل كما ذكرنا بأن لا يكون قد شري بعين مال الموكل، وإلا فإنه يقع فضولياً عن الموكل، موقوفاً على إجازته، فإن لم يجز بطل، لأنه يصير كظهور استحقاق أحد العوضين المعيّنين في العقد، وإن جاز به صحت.

وكذا يجب الحكم بالبطلان في هذه الصورة إذا علم البايع أن الثمن ملك الموكل، أو قامت به البيئنة، ويجب على البايع رد الثمن حينئذ، وإن لم يعلم البايع بذلك، ولا بيئنة ثبت البيع ظاهراً كما تقدم، ووجب على الوكيل دفع عوض ذلك الثمن للموكل، وإنما كان الواجب هو العوض، لتعذر استرجاع عين الثمن، فإن البيع صحيح بحسب الظاهر كما ذكرنا، واعترافه بالتفريط بسبب

المخالفة ، وللموكل أحلاف البايع لو ادعى عليه العلم بأن الثمن له وإلا فلا .
 وثانيهما أن يكون بطلان الشراء لانكار الموكل التوكيل ، ولا يخلو إما
 أن يكون الشراء بعين مال الموكل بناء على دعواه الوكالة ، أو في الذمة ، وعلى
 الأول يكون الشراء فضولياً ، سواء ذكر الموكل لفظاً أو قصده نيّة أو لا فيهما
 فإن أجازته الموكل صح على المشهور في عقد الفضولي ، وإن لم يجزه والحال أنه
 ذكره لفظاً أو كان للموكل بيّنة بأن العين له أو كان البايع عالماً بذلك ، فلا
 يخلو إما أن يكون الوكيل صادقاً في دعوى الوكالة ، فإنه يكون العقد صحيحاً
 بحسب الواقع ، فاسداً بحسب الظاهر ، وإن كان الوكيل كاذباً بحسب الواقع بطل
 الشراء بالعين في الواقع والظاهر .

وعلى الثاني وهو الشراء في الذمة فإن ذكر الموكل لفظاً أو نيّة وقع
 الشراء له باطناً إن كان صادقاً في دعوى الوكالة ، وبطل بحسب الظاهر من حيث
 انكار الموكل الوكالة ، وإن لم يذكره بالكلية لالفاظاً ولا نيّة فالشراء للوكيل
 ظاهراً وباطناً ، وإن كان الوكيل مبطلاً في دعوى الوكالة وذكر الموكل بطل
 البيع مطلقاً ، إذ لا يصح عن الموكل وإن سمّاه ، لأنه مبطل في دعوى الوكالة ،
 ولا عن نفسه لأن المسمّى في العقد غيره ، وإن لم يذكره وقع الشراء للوكيل .
 قالوا : وطريق التخلّص في مواضع الاشتباه باحتمال كونه لأيهما أن يقول
 الموكل : إن كان لي فقد بعته من الوكيل : ولا يضر التعليق هنا على الشرط
 في صحة هذا البيع ، لأن الشرط المبطل إنما هو ما أوجب توقف العقد على أمر
 يمكن حصوله ، وعدم حصوله ، والأمر المعلق عليه هنا واقع ، بعلم المكلف حاله
 فلا يضر جعله شرطاً .

وكذا القول في كل شرط علم وجوده كقول البايع إن كان اليوم الجمعة
 فقد بعته كذا مع علمه بكون ذلك اليوم الجمعة ، ولو امتنع الموكل عن البيع
 جاز للموكل أن يستوفي عوض ما أداه إلى البايع عن موكله من المبيع ، ويرد

عليه ما يفضل ان كان في المبيع زيادة على ما استوفاه ، ويرجع اليه بما يزيد له ان نقص المبيع مما استوفاه ، والرجوع عليه هنا بطريق المقاصة بمعنى أنه إن ظفر بمال الموكل وأمكنه وضع يده عليه ، وكما يحصل التخلّص بما ذكر يحصل أيضاً بالمصالحة ، ويحصل أيضاً ببراء الذمة من الثمن أو يقول ، وهبتك إيتاء هذا ملخص ما ذكره في المقام ، والله سبحانه العالم .

السابعة : قالوا : لو وكل اثنين وشرط الاجتماع أو أطلق لم يكن لأحدهما الانفراد ، ولا القسمة ، ولو مات أحدهما بطلت ، وليس للحاكم أن يضم اليه ، ولو شرط الانفراد جاز .

أقول : لا ريب في أنه اذا صرح بالانفراد فان كل واحد منهما وكيل على حده ، واذا صرح بالاجتماع لم يكن لأحدهما الانفراد ، والمراد باجتماعهما صدور الأمر الموكل فيه عن رأيهما واتفاقهما على ذلك ، فان كان عقداً فينبغي أن يأذن أحدهما للآخر في ايقاع العقد أو يتفقا على ثالث ، فيوقع الصيغة ، إذ الظاهر جواز الاذن هنا في مثله كما رجحه بعض المحققين ، وقيده آخرون باقتضاء الوكالة جواز التوكيل ، والا فلا ، وبالجمله فان قصد الموكل أن يكون العاقد واحداً لا ايقاع كل منهما الصيغة .

وظاهره في المسالك أيضاً جواز ايقاع كل منهما الصيغة ، واستشكله بعض المحققين بأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح غير مؤثر للمطلوب المترتب عليه ، بل يكون موقوفاً على عقد آخر غير معهود في الشرع ، وفي صدق تعريف العقد الصحيح عليه تأمل وتكلف ، انتهى .

وأما مع الاطلاق فان وجدت قرينة تدل على الافراد او الاجتماع وجب العمل بمقتضاها ، والا فان ظاهر الأصحاب هو الحكم بالاجتماع ، وعلى هذا فشرط الاجتماع على الخصوص انما يفيد مجرد التأكيد ، لأن مقتضى الاطلاق هو الاجتماع كما عرفت ، والوجه في اقتضاء الاطلاق الاجتماع أن قوله وكلتكما

موجهاً الخطاب اليهما معاً يقتضى كونهما وكيلين ، والأصل في كل منهما على حدة عدم الوكالة . وعدم جواز التصرف الا باذن الموكل ، والاذن انما حصل لهما معاً والمعية يقتضى الاجتماع ، ولو مات أحدهما بطلت الوكالة من أصلها ، كما اذا ماتا معاً ، لأن توكيلهما على جهة الاجتماع يؤذن بعدم رضاه برأى أحدهما ، وتصرفه منفرداً ، وليس للحاكم ضم آخر اليه ، وتنفيذ الوكالة ان كان الموكل غائبا ، بخلاف الوصاية ، فانه متى مات أحد الوصيين المجتمعين فان للحاكم نصب آخر يشاركه في تنفيذ الوصايا ، والفرق بين الموضعين أنه لا ولاية للحاكم هنا على الموكل ، بخلاف الوصي فان النظر في حق الميit واليتيم اليه ، فاذا مات أحد الوصيين صار وجود الآخر كعدمه ، فان الموصى لم يرض برأيه منفرداً وحيث كان الحاكم له النظر في أمور الميit واليتيم كان عليه أن ينصب شريكاً للوصي في تنفيذ الوصايا .

ومما ذكرنا يعلم بطريق أدلى أنه لو غاب أحد الوكيلين المشروط اجتماعهما فليس للحاكم نصب آخر عوضه ، وبذلك صرح في التذكرة أيضا ، وعلمه بأن الموكل رشيد جائز التصرف ، ليس للحاكم عليه ولاية ، وأنت خبير ، بأن هذا التعليل إنما يجري في حضور الموكل ، لافي غيبته ، واحتمال جواز ضم الحاكم في صورة الموت والغيبة قائم ، سيما في مقام تطرق الضرر على الموكل ببطلان الوكالة ، وبقاء أموره وماد كل فيه في معرض التلف ، وتطرق الضرر ، والله سبحانه العالم .

الثامنة : قالوا : لو وكل زوجته أو عبده ثم طلق الزوجة وأعتق العبد لم تبطل الوكالة ، أما لو أذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه بطل الاذن ، لانه ليس على حد الوكالة ، بل هو اذن تابع للملك .

أقول : الوجه في الحكم الاول هو عدم مدخليته للزوجية والمملوكية في صحة الوكالة ، فلا منافاة بين الطلاق أو العتق وبينها ، فيستصحب حكمها في الحالين

المذكورين ، ويأتي مثل ذلك في العبد لوباعه بعد أن وكله ، وقلنا بصحة وكالته فيما اذا لم يمنع شيئاً من حقوق المولى كما هو أحد القولين المتقدمين في المسئلة الثانية من مسائل هذا المطلب ، فتستصحب صحة الوكالة قبل البيع الى دخوله في ملك المشتري في هذه الصورة .

نعم لو منع ذلك شيئاً من حقوق المولى أو قلنا بالتوقف على الاذن مطلقاً كما هو المشهور اشترط في صحتها اذن المشتري ورضاه بذلك .

وأما الوجه في الحكم الثاني فقد عرفته من قوله لأن الاذن ليس على حد الوكالة ، بل هو اذن تابع للملك ، والظاهر أن مرجع ذلك الى الفرق بين الاذن والوكالة ، والعبد هنا انما تصرف بالاذن من حيث وجوب الخدمة عليه لسيده ، فهو مأذون من حيث أنه خادم فممنشأ التصرف انما هو ذلك ، لا الوكالة فان الوكالة أمر مستقل .

وبالجملة فان النظر هنا يرجع الى قصد الموكل لالي مجرد وقوع اللفظ بالاذن ، فان كان قصده فيه الوكالة المستقلة كغيره من الوكلاء الاحرار كان ذلك وكالة ، انما هو من حيث وجوب الخدمة عليه كسائر الخدمات التي يؤمر بها ، فليس ذلك وكالة ، بل اذن ، ويترتب على كل منهما ما يلحقه من الأحكام ومن جملة ما يترتب على الاذن هنا هو بطلانه بعد البيع والعقود ، لانه تابع للملك ، وقد زال بكل من السببين المذكورين ، قال في المسالك بعد قول المصنف في الاذن بنحو ما ذكرنا من أنه ليس على حد الوكالة ما لفظه : قد عرفت في أول الوكالة أن صيغتها لاتنحصر في لفظ ، بل تصح بكل ما دل على الاذن في التصرف ، وحينئذ فيشكل الفرق بين وكيل العبد ، والاذن له في التصرف حيث لا تبطل الوكالة بعقده ، ويبطل الاذن الا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجة الدالة على أن مراده من الاذن انما هو مادام في رقه ، ومراده من الوكالة كونه مأذوناً مطلقاً ، وحينئذ فلا فرق بين كون الاذن بصيغة الوكالة وغيرها ، مع احتمال الفرق ، فيزول

مع الاذن المجرد ، لامع التوكيل بلفظها ، حملاً لكل معنى على لفظه : ويضعف بما مر ، فان الوكالة ليست أمراً مغايراً للأذن ، بل تتأدى بكل ما دل عليها ، ولا فرق بين الصيغتين ، انتهى .

أقول : لا ريب في صحة ما ذكره من أن الوكالة ليست إلا مجرد الأذن للوكيل فيما وكل عليه على النحو المتقدم ، ويترتب أحكام الوكالة على ذلك ، كما تقدم تحقيقه ، الا أن الكلام هنا بالنسبة الى أوامر السيد لعبده ، فانها لما كانت انما تقع غالباً على جهة الاستخدام المطلوب منه ، فالأذن المفهوم من هذه الأوامر ليس على حد الأذن المفهوم من تلك الأوامر الواردة في الأخبار ، مثل قول شخص لآخر ببيع لي هذا أو اشتري كذا ونحو ذلك ، فان المفهوم من الأخبار أن ذلك الأذن هنا وكالة شرعية ، يترتب عليه ما يترتب على الوكالة من الأحكام ، بخلاف أوامر السيد على عبده ، من حيث أن الغالب أن تلك الأوامر انما تقع على جهة الاستخدام ، لأنها وكالة شرعية في كل مقام ، والفرق بين الأمرين أظهر من أن يخفى على ذوى الافهام ، فحمل بعض أوامر السيد لعبده على الوكالة يحتاج الى قرينة ظاهرة في قصد الوكالة ليرتب عليها ما يترتب على الوكالة ، والافهمي أعم من ذلك كما لا يخفى ، والله سبحانه العالم .

التاسعة : قالوا لو قال : وكلتك على قبض حقي من فلان لم تكن له مطالبة الورثة بعد موته وقبل قبضه الحق ، ولو قال له : وكلتك على قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك ، والفرق بين الصيغتين أن الجار والمجرور في الصورة الأولى وهو قوله من فلان متعلق بلفظ قبض ، ففيه تعيين للمقبوض منه ، وهو المديون ، ولا يتعدى الى الوارث ، فانه غير المديون .

نعم يتعدى الى وكيل المديون ، فيجوز القبض ، لأن يده كيده ، وهو نائب عنه والفرق بينه وبين الوارث ، ان المملك لم ينتقل الى الوارث بحق النيابة عن المورث وانما انتقل اليه بالمملك اصالة بخلاف الوكيل ، فان يده عليه انما هي بطريق النيابة .

وأما في الصورة الثانية فإن جملة الصلة والموصول فيها وقعت صفة للحق ، وليس فيه تعيين للمقبوض منه بوجه ، بل الاذن معلق بقبض الحق الذي في ذمة زيد مثلاً ، فالوكيل يتبع الحق حيثما كان ، وأينما كان ، قال في التذكرة : لو وكله في قبض دينه من فلان فمات نظر في لفظ الموكل ، فإن قال : اقبض حقى من فلان بطلت الوكالة ، ولم يكن له القبض من وارثه ، لأنه لم يؤمر بذلك ، وإنما وكله في قبض مبدئه من المديون ، وقدمات وإن قال : اقبض حقى الذي على فلان أو الذي في قبل فلان فله مطالبة وارثه ، والقبض منه ، لأن قبضه من الوارث قبض للحق الذي على مورثه ، فإذا قبض من الوارث لم يكن قبضاً من فلان ، لا يقال : لو قال اقبض حقى من زيد فوكل زيد أنسأناً في الدفع اليه كان له القبض منه فكذلك ينبغي أن يقبض من الوارث لأن الوارث نائب الموروث ، كما أن الوكيل نائب الموكل ، لانا نقول : الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه ، لأنه أقامه مقام نفسه ، وليس كذلك هنا ، فإن الحق انتقل الى الورثة ، فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الوارث ، ولهذا لو حلف ان لا يفعل شيئاً حيث يفعل وكيله ، ولا يحتث بفعل وارثه ، انتهى .

فان قيل : وصف الحق بكونه من فلان يشعر بحصر القبض فيه ، لأن الصفة اذا زالت بموته لم يكن الحق المتعلق بالوارث موصوفاً بكونه في ذمة فلان ، ولا يكون هو الموكل فيه .

فالجواب أن الوصف انما يفيد الاحتراز به عن دين آخر له في ذمة شخص آخر ، ولا اشعار فيه بتخصيص القبض ، ومع فرض أنه لا يكون له دين آخر على غيره فالصفة هنا لمجرد التوضيح ، فيكون كما لو قال : بيع عبدى النائم ، أو الأكل أو ماشا كلهما من الاوصاف ، فإن له يبعه وإن انتبه أو ترك الأكل ، كذا حققه في المسالك ، والله سبحانه العالم .

المطلب الخامس فيما تثبت به الوكالة :

وفيه مسائل : الاولى : قالوا لا يحكم بالوكالة بدعوى الوكيل ولا موافقة الغريم ما لم يقم بذلك بينة وهي شاهدان ، ولا تثبت بشهادة النساء ولا بشاهد وامرأتين ، ولا بشاهد ويمين .

أقول : وتثبت أيضاً باقرار الموكل على نفسه ، ويظهر من التذكرة أن المستند - في عدم ثبوتها بشهادة النساء وشهادة رجل وامرأتين أو شاهد ويمين - هو الاجماع ، قال : وتثبت الوكالة باقرار الموكل على نفسه أنه وكله ، وبشهادة عدلين ذكربين ، ولا تثبت بشهادة رجل وامرأتين ، ولا بشهادة رجل ويمين عند علمائنا أجمع .

وظاهر كلام المحقق هنا حيث نسب الحكم بذلك إلى قول مشهور بالتوقف ، فان مرعى هذه العبارة ذلك ، وقال في المسالك بعد نقل عبارته المصنف المشعرة بما ذكرنا هذا هو المذهب ، ولا تعلم فيه مخالفا ، ولأن متعلق الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين الحقوق المالية ، والغرض من الوكالة الولاية على التصرف ، والمال قد يترتب عليها ، ولكنه غير مقصود بالذات هيئتنا ويشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى على الجهتين ، كما لو ادعى شخص على آخر وكالة بجعل ، وأقام شاهداً وامرأتين أو شاهداً وحلف معه ، والظاهر أنه يثبت المال ، لا الوكالة ، ولا يقدرح في ذلك تبعض الشهادة ، ومثله ما لو أقام ذلك بالسرقة ، فانه يثبت المال لا القطع ، ولأن المقصود بالذات هنا هو المال لا الولاية نعم لو كان ذلك قبل العمل اتجه عدم الثبوت ، لأن انكار الوكالة أبطلها ، والمال لم يثبت بعد ، ويمكن أن يكون نسبة المصنف القول إلى الشهرة حينئذ المشعرة بتوقفه فيه ، لأجل ذلك ، فيكون التوقف في عموم الحكم لا في أصله ، انتهى .

ويمكن تطرق النظر والاشكال إلى بعض مواضع هذا المقال ، منها ما استظهره

من ثبوت المال دون الوكالة فيما لو ادعى الوكيل الجمالة عليها وأقام شاهداً وحلف معه ، أضمن اليه امرأتين ، فان فيه أنه لا ريب أن الجمالة فرع على الوكالة ، تابعة لها كما هو المدعى ، فكيف يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل ، والتابع مع عدم وجود المتبوع ، بل هذا مما تنكره بديهية العقول .

ومنها قوله في السرقة أنه يثبت بذلك المال لا القطع ، يعني لو أقام شاهداً وامرأتين أو شاهداً مع اليمين على أن زيداً سرق يثبت المال المسروق ، ولم يثبت القطع على السارق ، مع أن هذين أعنى ثبوت المال والقطع معلولا علة واحدة ، وهي السرقة فان ثبتت ثبتتا ، وإلا فلا ، فكيف يثبت بالبيننة المذكورة أحدهما دون الآخر . وبذلك يظهر بقاء الاشكال الذي ذكره لما عرفت من ضعف ما استظهره فانه لا ينطبق على القواعد والاصول بل هو مما تنكره بديهية العقول .

ومنها جملة عبارة المصنف المشعرة بتوقفه على هذه الصورة الخاصة ، وهي انكار الموكل الوكالة قبل عمل الوكيل ، فانه بعيد غاية البعد ، اما أولاً فلأنها صورة نادرة ، لا يحسن أن يحمل عليها الاطلاق ، واما ثانياً ، فانه متى كان الانكار في الصورة المذكورة من مبطلات الوكالة ، فلا معنى لقرض المسئلة باقامة الشهادة واليمين معه ، أو ضم امرأتين ، فانه اقامة بينة على أمر قد حصل بطلانه ، بل لا يحسن فرضه ، والتمثل به بالكلية كما لا يخفى على ذوى الذوق السليم .

وكيف كان فانه لا مندوحة عن الحمل على ذلك وان بعد ، لاتفاق الاصحاب المعتضد بالأخبار الدالة على اختصاص الثبوت بهذين الأمرين بالمال ، والوكالة ليست مالا ، وإنما هي ولاية كما عرفت .

بقي الكلام هنا في شيئين أحدهما ما قدمنا نقله عنهم من قولهم أنه لا يحكم بالوكالة بدعوى الوكيل ولا بموافقه الغريم ما لم يقيم بينة ، ينبغي تخصيصه بحصول المنازع في الوكالة ، بأن ينكرها الموكل ، والا فان الظاهر أنه لو ادعاها ولا منازع له فانه يصح تصرفه ، والشراء منه ، لأن هذا أحد أفراد القاعدة الكلية ، وهي من ادعى

ولامنازع له فانه يسمع دعواه ، وعلى هذا عمل كافة الناس في ارسالهم الو كلاء بأموالهم الى البلدان البعيدة التي يتعذر فيها اقامة البيئة على الوكالة ، ويبيعون ويشترى الناس منهم من غير تكبر ولا توقف . وكان الائمة ^{عليهم السلام} يفعلون كذلك يرسلون الو كلاء للتجارة لهم في مصر ونحوها فلو لم يقبل دعوى الوكيل الوكالة في ذلك لزم الحرج الشديد ، والضيق ، ويؤيده قبول قول المرأة في الخروج من العدة ، وموت الزوج (١) وأنها حملت نفسها بتزويج محلل ، ثم طلاقه لها ، وخبر الكيس (٢) ، الذي بين أولئك الجالسين فقال أحدهم لمن هذا الكيس الدراهم أو الدنانير ؟ فقال : أحدهم هولي فقال ^{عليه السلام} هوله وبالجمله فالظاهر أن الحكم المذكور لا اشكال فيه ، ولا شبهة تعتريه ، وقد أشبعنا الكلام في تحقيق هذه القاعدة في كتاب الزكاة في مسألة ما لو ادعى الفقير الفقير هل يسمع دعواه أم لا ؟ ثم ان ظاهر كلامهم أنه في صورة التوقف بالاثبات على الشاهدين ، لا بد من ضم حكم الحاكم بذلك في باب الوكالة وغيرها ، الا ما استثنى من رؤية الهلال ، فانه يكفي فيه مجرد السماع عن الشاهدين ، كما هو ظاهر جملة من أخبار تلك المسئلة ، وقد تقدم تحقيقه في كتاب الصيام .

قال في التذكرة : ولو قال يعنى الوكيل الذي شهد عدلان على وكالته ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته ، لقدحه في شهادتهما على اشكال ، أقربه ذلك ، ان طعن في الشهود ، والافلا ، لأن الاعتبار بالسماع عند الحاكم ، وجهله بالعدالة مع علم الحاكم بها بنفسه أو بالتزكية لا يضر في ثبوت حقه ، انتهى .

وربما أشعر هذا الكلام بأنه مع معرفته عدالتهما ، فانه لا يحتاج إلى ضم حكم الحاكم ، وكيف كان فهذا الفرض المذكور إنما يكون في غير صورة النزاع بانكار الموكل الوكالة وادعاء الوكيل لها ، وقد عرفت أنه لا تتوقف الوكالة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ باب أنها مصدقة على نفسها ح ١ و ٢ ، الوسائل ج ١٤

ص ٤٥٦ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٠٠ ح ١ .

هنا على البينة بل يقبل مجرد دعوى الوكيل لها من غير راد لدعواه ، ولا منازع .
وثانيهما أن الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضة حيث خصوا الثبوت
بالاقرار والعديلين ، ويحتمل أن يكون الحصر اضافيا بالنسبة إلى رجل وامرأتين
أو رجل ويمين ، ونحوهما من شهادة النساء ، وشهادة رجل وحده ، فلا ينحصر في
الأمرين المذكورين ويؤيده أنهم جمعوا بين العدلين ، والاستفاضة في مواضع .
والظاهر عدم الفرق بين هذه المواضع ، إلا أن الظاهر الوقوف على ما ثبت
بالدليل ، فإن الأحكام الشرعية صحة وبطلاناً وجوازاً وتحريماً يدور مدار الأدلة
الشرعية ، وقد ثبت هنا ثبوته بالاقرار ، للأدلة الدالة على (١) « أن اقرار العقلاء
على أنفسهم جائز » والعدلين للروايات الدالة على الثبوت بهما في جميع أبواب
الدعاوي فغيرهما يتوقف على الدليل .

وما ربما يتوهم من كون الاستفاضة ربما كانت أقوى من الشاهدين مدفوع
بأن العمل بالشاهدين ليس من حيث افادة الظن ، وحصول الظن بهما ، كما
قيل فإذا حصل ما هو أقوى منه ثبت به بطريق الأولوية بل إنما ذلك من حيث
كونه تعبداً محضاً فإنه كثيراً ما يحصل الظن الأقوى منهما بغيرهما من الأسباب ،
ومع ذلك فلا يجوز الحكم به ، ولهذا ان بعض الأصحاب جعل شهادة الشاهدين
إنما هي من قبيل الأسباب الموجبة للحكم على الحاكم الشرعي لامن حيث افادة
الظن ، والله سبحانه العالم .

الثانية : المشهور في عبارات الأصحاب وكذا غيرهم أن شاهدي الوكالة اذا
اختلفا في تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكالة ، وكذا لو اختلفا في اللغة عربية
وفارسية ، وكذا في العبارة بان يقول : أحدهما بلفظ وكتلتك ، ويقول الآخر :
بلفظ استنبتكت ، بل لابد من اتفاقهما في كل من هذه الامور المذكورة ، أما لو كانت

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٥ ح ٧٩ و ٨٠ ، الكافي ج ٧ ص ٢١٩ باب ما يجب على من أقر
على نفسه بحد ومن لا يجب عليه الحد ، الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ ح ٢ الباب ٣ من أبواب الاقرار .

الشهادة على الاقرار بها فانها لا يضر ذلك .

قال في التذكرة : من شرط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين على الفعل الواحد ، فلو شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة ، وشهد الآخر أنه وكله يوم السبت لم تثبت البينة ، لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت ، فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد ، ولو شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد أنه أقر يوم السبت ، ثبتت الشهادة ، لأن الاقرارين اخبار عن عقد واحد ، ويشق جمع الشهود على اقرار واحد ليقرر عندهم في حالة واحدة ، فيجوز له الاقرار عند كل واحد وحده رخصة للمقر ، وكذا لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعربية ، وشهد الآخر أنه أقر بها بالعجمية ثبتت الوكالة ، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية ، وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تثبت ، لأن الانشاء هنا متعدد ولم يشهد بأحدهما شاهدان ، وكذا لو شهد أحدهما أنه قال : وكلتك ، وشهد الآخر أنه قال : أذنت لك في التصرف ، أو قال : جعلتك وكيلاً أو شهد أنه قال جعلتك جريباً أي وكيلاً لم يتم الشهادة ، لاختلاف اللفظ ، ولو شهد أحدهما أنه وكله ، وشهد الآخر أنه أذن له في التصرف ، ثبتت الشهادة لأنهما لم يحكما لفظ الموكل ، وإنما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر اذا اتفق معناه ، انتهى وعلى هذا النهج كلامه في سائر كتبه وغيره .

الا أن ظاهر كلام الشرايع هو صحة الشهادة في صورة الاختلاف في الوكالة كما في الاقرار وظاهره عدم الفرق بين الوكالة والاقرار في صحة الشهادة حيث قال : ولو شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ ، والآخر في تاريخ آخر ، قبلت شهادتهما نظراً الى العبارة في الاشهاد ، اذ جمع الشهود لذلك في الموضع الواحد قد يعسر ، وكذا لو شهد أحدهما أنه وكله بالعجمية ، والآخر بالعربية ، لأن ذلك يكون اشارة الى المعنى الواحد ، ولو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال : وكلتك ، ويشهد الآخر أنه قال : استئنتك لم تقبل ، لأنها شهادة على عقدين

ج ٢٢ في اشتراط قبول الشهادة باتفاق الشاهدين على الفعل الواحد ٧٩

اذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للأخرى ، وفيه تردد ، اذ مرجعه الى أنهما شهدا في وقتين ، أما لو عدل من حكاية لفظ الموكل واقتصر على ايراد المعنى جاز ، وان اختلفت عبارتهما ، انتهى .

أقول : الظاهر أن القول الاول هو الأنسب بالقواعد والاصول ، والأقرب عند التأمّل في هذه النقول ، لما تقدم في كلام التذكرة ، وتوضيحه أن الصيغة الواقعة في أحد اليومين غير الواقعة في اليوم الآخر ، وكل واحدة من الصيغتين المذكورتين لم يقدّم عليها شاهدان ، بل شاهد واحد ، وقول المحقق هنا في تعليل ما ادعاه من الصحة ، نظراً الى العادة في الاشهاد الى آخره لا معنى له ، الا أن يحمل الاشهاد في اليوم الثاني على الاقرار ، لاعلى التوكيل ، وهو خارج عن محل البحث والمدعى ، لأن الصيغة متى حصلت في اليوم الاول فقد تم العقد بها ، وما تأخر انما يكون اقراراً واعتراضاً بها ، والمدعى انما هو الشهادة على الوكالة وانها هل تثبت مع اختلاف التاريخ أم لا ؟ لا الاقرار ، فيكون كلامه خروجاً عن محل البحث ان حمل على ارادة الاقرار ، والافهوه لا معنى له بالكلية لما عرفت ، والفرق بين الشهادة على التوكيل والشهادة على الاقرار في أنه تصح الشهادة في الثاني مع الاختلاف في التاريخ ونحوه مما تقدم ، دون الاول ، أن الوكالة انشاء لا خارج له يقصد مطابقته ، والاقرار له خارج نفس أمرى يقصد بالأخبار مطابقته ، ولا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج ، فان الانسان يفعل فعلاً ، ويخبر بذلك الفعل مراراً متعددة في اوقات متعددة بألفاظ مختلفة أو متحدة ، والأمر الخارج لا يدخل له في ذلك ، ولا يتعلق به تعدد ، ولا اختلاف بتعدد الاخبار واختلافه . بخلاف الوكالة التي هي انشاء لا واقع له يقصد مطابقته ، فان تعدد زمانه ومكانه واختلاف صيغته توجب اختلافه ، ومع هذا الاختلاف فانه لم يقدّم البينة الشرعية ، وهي العدلان على فرد من هذه الأفراد المختلفة ، بل انما قام بها شاهد واحد ، كما هو المفروض ، ومن اجل ذلك يثبت الاقرار مع الاختلاف دون الوكالة .

وأما قول المحقق الأردبيلي انتصاراً لما ذكره المحقق هنا حيث قال بعد كلام في المقام : أيضاً لم نجد لهم دليلاً على عدم اعتبار اتحاد الشاهد للقبول على كل عقد من العقل والنقل ، بل نجده مجرد الدعوى ، فلم لا يجوز الاكتفاء بشاهد واحد في كل عقد اذا كان مما يقبل التعدد ، ولا يضره ، فانه من الجائز أن يقول عند شاهد عدل يوم الجمعة وكلتكم ، وفي يوم السبت عند آخر (و كيل كردم شمارا) ، لغرض من الأغراض مثل الاشهاد كما في الاقرار الى آخره ، ففيه أنه لا ريب أنه بالتوكيل في يوم الجمعة قد حصلت الوكالة الشرعية المترتب عليها أحكامها المقررة ، وهذا التوكيل الثاني في يوم السبت ان قصده التوكيل ، والانشاء كما هو المفهوم من كلامه فهو لا يخرج عن اللغو في القول ، لما عرفت من ثبوت التوكيل وحصوله ، وترتب أحكام التوكيل عليه بلا خلاف ، وان أريد الاقرار والاعتراف تم ما ذكره ولكنه خلاف ما أراده ، وبذلك يظهر لك ما في قوله ، فلم لا يجوز الاكتفاء بشاهد واحد في كل عقد اذا كان مما يقبل التعدد ، فاني لأعرف لقبول عقد الوكالة هنا التعدد دون غيره من العقود وجهاً ، فانه ان ثبت الوكالة بما يترتب عليها بالعقد الأول ، فلامعنى لهذا التعدد ، والا فلا تورد ، بل الثاني في الحقيقة إنما يرجع الى الاقرار والاعتراف كما هو ظاهر لمن تأمل بعين الانصاف .

أقول : ومما يمكن أن يؤيد به القول المشهور ما هو المفهوم من جملة من قضيا أمير المؤمنين عليه السلام في تفريق الشهود متى حصلت الريبة في شهادتهم من الأخذ بالمشخصات الزمانية والمكانية والقولية ونحو ذلك ، وانه متى اختلفت الشهود في ذلك أبطل شهادتهم ونقل عليه السلام مثله عن داود ودانيال عليهما السلام والأخبار المشار اليها مشهورة (١) ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله ، وكان لذلك الغائب مال عند أحد فان كان ثمة بينة على الوكالة وجب تسليم ذلك اليه ، وان لم تكن

بينه فلا يخلو ما أن ينكر الغريم الوكالة ، أو يصدقه ، وعلى الثاني فاما أن يكون الحق عيناً أو ديناً فهنا صور أربع ، الأولى : أن يقيم الوكيل البينة على دعوى الوكالة وقد عرفت أنه لا اشكال في وجوب الدفع اليه ، في هذه الصورة ديناً كان أو عيناً . الثانية : أن ينكر الغريم الوكالة ولا بينة فانه لا يكلف بالدفع اليه لعدم البينة وعدم تصديقه ، وقيل : لا يمين أيضاً على الغريم ، ومن عنده المال هنا ، لأن اليمين عندهم إنما يتوجه على من لو صدق يلزم بمقتضى تصديقه ، كذا قيل ، وفيه نظر سيأتى انشاء الله ذكره ، فلودفع بناء على الظاهر مع كونه غير مكلف بالدفع ثم حضر الموكل وأنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف على نفي الوكالة رجع على الدافع ويرجع الدافع على مدعى الوكالة ، لأنه إنما دفع اليه بناءً على الظاهر ، فإذا تبين خلافه وقد غرم للمالك رجع بذلك عليه بلا اشكال .

الثالثة : أن يصدق الغريم مدعى الوكالة ، والحق الموكل فيه عين في يده ، والحكم أنه لا يؤمر بالتسليم اليه لجواز كذبهما معاً ، وهذا الاقرار إنما يتعلق بحق المالك فلا يسمع ، لأن له أن يكذبهما معاً ، لكن لو دفع والحال هذه جاز بناءً على علمه بصحة الوكالة وتصديقه له فيها ولأنه لا منازع غيرهما الآن ويبقى الموكل على حجته ، فإذا حضر وصدق الوكيل برئت ذمة الدافع ، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه ، فإن كانت العين موجودة أخذها ، وله مطالبة من شاء منهما بالرد ، لترتب أيديهما عليها وإن تعذر ردها لتلف أو غيره ، تخير في الرجوع على من شاء منهما ، لما عرفت من ترتب الأيدي عليها ، فإن رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقاً لاعترافه ببرائته بدفعها اليه ، وإن رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل إن تلفت في يديه بغير تفريط لأنه عنده أمين حيث صدقه في دعوى الوكالة ، وإلا رجع عليه ومنه يظهر أنه لا رجوع للغارم منهما على الآخر لو تلفت بغير تفريط منهما ، لما عرفت ، ولأنه مظلوم بزعمه ، والمظلوم لا يرجع الاعلى ظالمه .

الرابعة : الصورة بحالها ويكون الحق ديناً ، وهل الحكم هنا كما تقدم في

تقدم في سابق هذه الصورة أو أنه يجب الدفع إليه ؟ وجهان : الأول منهما أن تسليمه إنما يكون عن الموكل ، ولا يثبت اقرار الغريم عليه استحقاق غيره لقبض حقه ، ولأن التسليم لا يؤمر به إلا إذا كان مبرراً للذمة ، ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لمالكه حتى يشهد عليه وليس هنا كذلك ، لأن الغائب يبقى على حجته ، وله مطالبة الغريم بالحق لو أنكر الوكالة ، وللثاني أن هذا التصديق إنما اقتضى وجوب التسليم من مال المقر نفسه ، لا من مال الموكل ، وانكار الغائب لا يؤثر في ذلك ، فلا مانع من نفوذه ، ولعموم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز .

أقول : ومن أجل ذلك تردد في الشرايع ، وفي التذكرة ذكر الوجه الثاني احتمالاً ، ولم يتعرض لذكر الوجه الأول ، فقال : وإن كان ديناً احتمل وجوب الدفع إليه ، لاعترافه بأنه مستحق للمطالبة ، والفرق بين الدين والعين ظاهر ، فإن المدفوع في الدين ليس عين مال الموكل ، وأما العين فانه عين مال الغير ، ولم يثبت عند الحاكم أنه وكيل ، فلم يكن له أمره بالدفع ، انتهى .

وظاهر المسالك هنا اختيار الوجه الثاني حيث أجاب عن أدلة الوجه الأول بعد ذكر ما نقلناه من أدلة الوجه الثاني المتضمنة للجواب أيضاً عن بعض تلك الأدلة ، فقال : وتوقف وجوب التسليم على كونه مبرراً مطلقاً ممنوع ، والبرائة هنا بزعمه حاصلة ، والاحتجاج بجواز الامتناع للاشهاد إنما يقتضيه على المدفوع إليه ، وهو ممكن بالنسبة إلى مدعى الوكالة ، فوجوب الدفع هنا أوجه ، انتهى .

ثم إنه لو حضر المالك وأنكر الوكالة فالقول قوله بيمينه ، ويطالب الغريم وإن كان ما دفعه الغريم إلى الوكيل موجوداً بعينه ، لأن ذلك ليس مال المالك كما تقدمت الإشارة إليه ، وإنما هو من مال الدافع ، لأن الدين لا يتعين إلا بتعيين مستحقة ، أو من يقوم مقامه والحوال أن هذا القابض ليس أحدهما

نعم للغريم الرجوع على الوكيل بما دفعه مع بقاء العين أو تلفها بتقريب لا بدونه ، لأنه من حيث تصديقه له على الوكالة فهو أمين عنده ، والأمين لا يضمن

بدون تفريط ، ويأتي بناء على الوجه الثاني من وجهي هذه الصورة أن الغريم لولم يصدق المدعي كما تقدم في الصورة الثانية ، وكان الحق ديناً أنه لو ادعى عليه الوكيل العلم بالوكالة ، فله عليه اليمين بعدم العلم ، لأنه لو أقر لزمه التسليم ، وهي قاعدة كلية عندهم .

قال المحقق : وكل موضع يلزم الغريم التسليم لو أقر يلزمه اليمين إذا أنكر ، فاطلاق عدم اليمين كما تقدم عن جملة منهم ثمة ليس في محله ، بل إنما يتم في العين حيث أنه لا يلزم بدفعها بمجرد التصديق كما تقدم ، والله سبحانه العالم .

المطلب السادس في اللواحق :

وفيه مسائل : الأولى : المشهور في كلام الأصحاب بل ادعى عليه الإجماع أن الوكيل أمين لا يضمن الامع التعدي أو التفريط ، وقال في شرح القواعد : أنه يلوح من كلامهم أنه لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام . أقول : ان اريد بكونه أميناً هو قبول قوله يمينه في كل ما يدعيه من تلف المبيع والتمن بعد قبضه ، ورده على الموكل مثلاً ، وقبول قوله في فعل ما وكل فيه ونحو ذلك فكلامهم لا يساعد عليه ، وان أريد أن ذلك في بعض هذه الأفراد فالأولى التخصيص بتلك الأفراد المرادة ، إلا أن تعليقاتهم في المقام يقتضى العموم كما ستقف عليه ، وها نحن نسوق لك جملة من عبائهم في المقام .

قال في المسالك - بعد قول المصنف لو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل لأنه أمين ، ولأنه يتعذر إقامة البينة بالتلف غالباً فاقتنع بقوله دفعاً لالتزام ما تعذره غالب ، مالفظة - : المراد تلف المال الذي بيده على وجه الأمانة لتدخل فيه العين الموكل في بيعها قبله ، وتمنيتها حيث يجوز له قبضه بعده ، والعين الموكل في شرائها كذلك ، ووجه القبول مع مخالفته للأصل بعد الإجماع ما ذكره

المصنف ، ولا فرق بين أن يدعى تلفها بسبب ظاهر كالحرق والفرق ، أو خفي كالسرقة عندنا ، وفي حكمه الأب والجد والحاكم وأمينه والوصي ، وقد تقدم الخلاف في قبول قول بعض الأمناء ، انتهى .

وقال في التذكرة : الوكيل أمين ، ويده يد أمانة لا يضمن ما يتلف في يده إلا بتعد أو تفريط ، فإن تلف ما قبضه من الديون والأثمان أو الأعيان من الموكل أو غرمائه فلا ضمان عليه ، سواء كان وكيلاً بجعل أو بغير جعل ، فإن تعدي فيه كما لو ركب الدابة أو لبس الثوب أو فرط في حفظه ضمن إجماعاً ، وكذا باقى الأمانات كالوديعة وشبهها ، وبالجملية الأيدي على ثلاثة أقسام : يد أمانة كالوكيل والمستودع والشريك ، وعامل المضاربة ، والوصي والحاكم وأمين الحاكم ، والمرتهن والمستعير على وجه يأتي ، ويد ضامنة كالغاصب والمستعير على وجه ، والمساوم والمشتري شراء فاسداً ، والسارق ، ويد مختلف فيها ، وهي يد الأجير المشترك كالقصار والصائغ والحايك والصناع وما أشبه ذلك ، وفيها للشافعية قولان ، وعندنا أنها يد أمانة ، إذا عرفت هذا فكل يد أمانة لا ضمان على صاحبها إلا بتعد أو تفريط ، لأنه لو كلف الضمان لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها ، فيلحقهم الضرر ، فاقتضت الحكمة زوال الضمان عنهم ، انتهى .

وقال في موضع آخر : إذا ادعى الوكيل تلف المال الذي في يده للموكل أو تلف الثمن الذي قبضه بثمن متاعه ، وأنكر المالك قدم قول الوكيل مع يمينه ، وعدم البينة ، لأنه أمينه ، فكان كالودع ، ولأنه قد يتعذر إقامة البينة عليه ، فلا يكلف ذلك ، ولا فرق بين أن يدعى التلف بسبب ظاهر ، إلى آخر كلامه .

وقال في موضع آخر : إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل ، فإن كان وكيلاً بغير جعل احتمل تقديم قول الوكيل ، لأنه قبض المال لنفع ماله ، فكان القول قوله مع اليمين كالودعي ، ويحتمل العدم ، لأصالة عدم الرد ، والحكم في الأصل ممنوع ، وإن كان وكيلاً بجعل ، فالوجه أنه لا يقبل قوله ،

لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ، وهو أحد قولي العامة .

والثاني أن القول قول الوكيل ، لأنه وكيل ، فكان القول قوله كالوكيل بغير جعل ، لا اشتراكهما في الأمانة ، وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها ، وجلة الأمانة على ضربين : أحدهما - من قبض المال لنفع مالكه لا غير ، كالودع والوكيل بغير جعل ، فيقبل قولهم في الرد عند بعض الفقهاء من علمائنا وغيرهم لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس عن قبول الامانات ، ولحق الناس الضرر ، والثاني - من ينتفع بقبض الأمانة كالوكيل بجعل ، والمضارب ، والأجير المشترك والمستأجر ، والمرتهن ، فالوجه أنه لا يقبل ، وهذا الكلام مؤذن بأن الوكيل ليس أميناً مطلقاً ، وإلا لقبيل قوله في الرد ، وسيأتي مزيد تحقيق لهذا الحكم انشاء الله تعالى في مسائل النزاع .

وقال في مواضع آخر إذا ادعى الوكيل الرد الى الموكل ، فالأقوى أنه يقتصر الى البيئنة ، ثم نقل عن الشافعي تقسيم الأمانة الى ثلاثة أقسام : قسم يقبل قوله في الرد بيمينه ، وهم المودعون ، والوكلاء بغير جعل ، ومنهم من لا يقبل إلا ببيئنة وهم المرتهن والمستأجر ، ومنهم من اختلف فيه على وجهين ، وهم الوكلاء بجعل والشريك ، والمضارب ، والأجير المشترك الى آخره .

وهذا الكلام يؤذن بأنه لا فرق بين الوكيل بجعل وغيره في عدم قبول قوله إلا بالبيئنة ، مع أن ظاهره في الكلام الأول التردد فيما إذا لم يكن الوكيل كالة بجعل ، وقال في موضع آخر : إذا وكله في بيع أو هبة أو صلح أو طلاق أو عتق أو ابراء أو غير ذلك ، ثم اختلف الوكيل والموكل فادعى الوكيل أنه تصرف كما أذن له ، وأنكر الموكل وقال : لم يتصرف بعد ، فإن جرى هذا النزاع بعد عزل الوكيل لم يقبل قوله إلا ببيئنة ، لأن الأصل عدم ، وبقاء الحال كما كان وان جرى قبل العزل فالأقرب أنه كذلك ، وأن القول قول الموكل ، لأن الأصل

العدم الى آخره ، وسيأتى الكلام في هذه المسئلة أيضاً ، و تصريح غيره بخلاف ما صرح به ، و مرجعه الى الخلاف في قبول قول الوكيل وعدمه ، وبذلك يظهر لك أن ما ادعى من الاجماع المتقدم ذكره غير تام إلا في صورة دعوى التلف ، حيث أن ظاهرهم الاتفاق على قبول قول الوكيل فيه .

وأما دعوى الرد ودعوى التصرف فهو محل خلاف واشكال عندهم ، مع أن التعليل الذي ذكره في قبول دعوى التلف زايداً على الاجماع ، وهو لزوم امتناع الناس عن قبول الأمانات مع الجاء الحاجة إلى ذلك ، جار في هذين الأمرين . وبالجمله فان المسئلة لعدم النص في هذه الأفراد المعدودة ، بل في أصل مسئلة الوكالة لا يخلو من الاشكال ، والاجماع المدعى لوسلم حجتيه غير تام ، والتعليلات المذكورة في كلامهم لاتصلح لتأسيس الاحكام الشرعية كما تقدم ذكره في غير مقام ، والأصالة متعارضة في بعض هذه المواضع ، فان أصالة عدم دعوى الوكيل التصرف فيقدم قول الموكل ، معارضة بأصالة براءة الذمة ، وعدم الغرم وحمل أفعال المسلمين على الصحة مهما أمكن ، كما يشير اليه كثير من الأخبار الا أنه يمكن أن يقال : لا يخفى أن مقتضى الأخبار التي تقدمت في كتاب الوديعه دالة على النهي عن اتهام من ائتمنه ، المشعر ذلك بقبول قوله في جميع ما يدعيه ، كون الوكيل كذلك وأن كان بجعل ، لأن الجعل إنما هو في مقابلة السعي والعمل ، وهو غير مناف للايمان ، ولا ريب أن الايمان في الوكالة أشد وأبلغ منه في الموادة ، لأنه في الوكالة مؤتمن على الحفظ والتصرف بجميع أنواع التصرفات المأذون فيها ، بخلاف الودعي فانه مأمون على الحفظ خاصة ، ولا ريب أيضاً أن الايمان الذي رتب عليه هذه الأحكام في الوديعه ليس الا عبارة عن الوثوق بالمدفوع اليه في عدم الخيانة ، والمخالفة لأمر المالك ، ولهذا وردت الأخبار (١)

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٨ المنقول مضمون

الاحاديث .

ج ٢٢ في وجوب تسليم الوكيل ما في يده إلى الموكل مع المطالبة وعدم العذر ٨٧

« ما خانك الأمين ، ولكن ائتمنت الخائن » ، بمعنى أنه متى حصلت الخيانة من المدفوع إليه فالتقصير إنما هو منك ، حيث لم تثبت في الفحص عن حال المدفوع إليه ، وكونه أميناً والا فمتى ثبت عندك أمانته والوثوق به ، فإنه لا يحصل منه خيانة ، والایتمان بهذا المعنى مشترك بين جميع الأمناء ودعياً كان أو وكياً أو مستعيراً أو مرتعهاً .

وبه يظهر أن الفرق الذي ذكره بين هذه الافراد - باعتبار مصلحة تعود على الأمين ولا يقبل قوله ، وعدمها فيقبل - ليس بموجه ، نعم قد استثنى بعض المواضع في مسألة الاعادة من هذه القاعدة ، فيقتصر فيه على مورد النص ، وهذا هو الظاهر عندي من الأخبار المشار إليها ، وان كان كلامهم على ما عرفت من الاختلاف والاضطراب في جميع هذه الأبواب ، والله سبحانه العالم .

الثانية : يجب على الوكيل تسليم ما في يده إلى الموكل مع المطالبة وعدم العذر ، بل يجب على كل من في يده مال لغيره ، أو في ذمته ذلك ، فلو امتنع والحال كذلك ضمن ، الا أن له الامتناع حتى يشهد صاحب الحق له بالقبض .

وتفصيل هذا الاجمال يقع في مواضع - الأول : لاريب في وجوب الدفع مع الطلب وامكان الدفع ، وأنه لو امتنع والحال هذه ضمن ، قالوا : وليس المراد به القدرة العقلية ، بحيث يدخل فيها فعل ما يمكنه فعله من المبادرة ، وان كان على خلاف العادة ، بل يرجع ذلك إلى العرف شرعاً ، ثم إلى العرف العام ، ويعذر بما عذر فيهما ، وان كان مقدوراً ككمال الصلاة عند الطلب في اثنائها ، وان كانت نقلاً ، والتشاغل بها عند ضيق الوقت وان كان الطلب قبل الشروع فيها عذر شرعي ، والفراغ من الحمام وأكل الطعام ونحو ذلك من الاعذار العرفية ، كذا صرح به في التذكرة ، مع أنه في باب الوديعة من الكتاب المذكور حكم بأنه لا يعذر في ردها مع الطلب الا بتعذر الوصول إلى الوديعة ، واكمال الصلاة الفرض دون النفل ، وغيره من الاعذار العرفية فضيق الأمر في الوديعة ،

ووسعه في الوكالة ، والحال أن العكس كان هو الأنسب ، لأن الأمر في الوديعة أسهل حيث أنها مبنية على الاحسان المحض والأنسب بالسهولة ، والوكالة قد يتعلق بها أغراض للوكيل ، كالجعل فيها ونحوه ، فلا أقل من المساوات .

قال المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد : الظاهر أنه لا خلاف في وجوب تسليم مال الغير إلى مالكه مع طلبه ، والقدرة على التسليم مطلقاً ، وجوباً فورياً وكيلاً كان أو غريباً ، أو مستعيراً أو ودعياً وكذا في خروج الأمين عن الأمانة فيصير ضامناً بالتأخير كالفاسد ، وإنما الخلاف في بطلان ما ينافي الدفع من العبادات ، والقوانين الأصولية تقتضي البطلان على تقدير بقاء الوجوب ، لوجوب الفورية في الدفع ، وعدم استثناء وقت العبادة ، وعدم كون العبادات مضيقّة ، وهو ظاهر بل نجد الاتفاق في ذلك بعد التأمل ، حيث نجد أن القائل بالعدم يقول به ، وكذا الحكم في كل الفوريات كالزكاة والخمس والمال الموصى به للفقراء ، بل ما دفع للمصرف في مصرف ، إلا أنه لا يشترط هنا المطالبة إذا كان المصرف عاماً مثل الزكاة والخمس ، فإنه لا يتوقف على الطلب ، إذ ليس له مطالب معين ، صرح به في الدروس ، انتهى .

أقول : ما ذكره من الاختلاف في الحكم ببطلان ما ينافي الدفع من العبادات مبنى على العمل بالقاعدة الأصولية المشهورة ، وهي أن الأمر بالشئ هل يقتضي النهي عن ضده الخاص أم لا ؟ وحيث أنه كان من القائلين باقتضاء الأمر ذلك ، بل المبالغين في تشييد هذا القول ، حكم بالبطلان في جميع هذه المواضع المعدودة .

وفيه أولاً ما قدمنا تحقيقه في كتاب الطهارة (١) من أن الأظهر عدم العمل بهذه القاعدة ، وما يترتب عليها من الفائدة ، ولا بأس بذكره هنا وإن استلزم التكرار لدفع ثقل المراجعة على النظر ، سيما مع عدم حضور ذلك الكتاب المشار إليه بيد من أراد الوقوف عليه .

فأقول : التحقيق عندي وإن أباه من ألف بالقواعد الأصولية إنا متى رجعنا في الأحكام الشرعية إلى الأدلة العقلية التي لا تقف على حدود ساحل ، ولو طويت لها المراحل ، ولهذا كثرت في هذه المسئلة الأبحاث ، وصنفت فيها الرسائل ، أو تصادمت فيها من الطرفين الدلائل واضطربت فيها أفهام الأفاضل أشكل الأمر ، أي اشكال وصار الداء عضالاً وأى عضال ، والحق أن الأحكام الشرعية توقيفية من الشارع لا مسرح للعقول فيها ، ولو كان لهذه المسئلة أصل مع عموم البلوى بها لخرج عنهم عليه السلام ما يدل عليها أو يشير إليها ، وحيث لم يخرج عنهم عليه السلام فيها شيء سقط التكليف بها ، إذ لا تكليف إلا بعد البيان ولا مؤاخذة إلا بعد إقامة الحجة والبرهان ، وهذا يرجع في التحقيق إلى ما قدمنا ذكره في غير موضع من كتب العبادات ، وبه صرح الأمين الاسترأبادي من الاستدلال بالبرائة الأصلية ، والعمل بها فيما يعم به البلوى من الأحكام ، هذا مع أن القول بذلك موجب للمخرج والضيق المنفيين بالآية والرواية ، والاجماع ، فإنه لا يخفى أنه لا يكاد أحد من المكلفين فارغ الذمة من واجب من الواجبات البدنية أو المالية ، واللازم على هذا القول الذي ذكره بطلان عباداتهم وصلواتهم في غير ضيق الوقت ، وبطلان نوافلهم ومستحباتهم ، وعدم الترخص في أسفارهم ولزوم الاتم والمؤاخذة في جملة أفعالهم من أكل وشرب ونوم ونكاح ، ومغداً ومجيباً ، ونحو ذلك ، لأن الغرض أنهم منهيون عن هذه الاضداد الخاصة ، والنهي حقيقة في التحريم ، فأى حرج وضيق أعظم من ذلك .

ومن أظهر ما يدل على عدم التكليف بهذه الأمور التي لم يرد فيها حكم بنفى ولا اثبات ، قول مولانا الصادق عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار (١) أن علياً عليه السلام كان يقول : ابهموا ما أبهم الله .

وما رواه الشيخ المفيد (٢) عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام قال : قال :

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٥. الباب ٣٣ من أبواب كتاب العلم .

(٢) المستدرک ج ٣ ص ٢١٧ ح ٤ الباب ٣ ، البحار ج ٢ ص ٢٦٣ ح ١١

الباب ٣٣ من أبواب كتاب العلم .

رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أن الله تعالى حد لكم حدوداً فلا تعتدوها ، وفرض عليكم فرائض فلا تضيعوها ، وسن لكم سنناً فاتبعوها ، وحرم عليكم حرمات فلا تنهكوها ، وعفى لكم عن أشياء رحمة من غير نسيان فلا تتكلفوها ، ومارواه الفقيه (١) في خطبة أمير المؤمنين عليه السلام قال فيها : ان الله تعالى حد حدوداً فلا تعتدوها ، وفرض فرائض فلا تنقصوها ، وسكت عن أشياء لم يسكت عنها نسياناً فلا تتكلفونها ، رحمة من الله تعالى فاقبلوها « ولا ريب أن هذه المسئلة داخلية فيما سكت الله تعالى عنه فتكلف البحث فيها كما ذكره أصحابنا تبعاً للعامة العمياء في كتبهم الأصولية ، رد على ما دلت عليه هذه الاخبار ، وكم لهم مثل ذلك ، كما لا يخفى على من جاس خلل الديار .

ومما يؤكّد ذلك ما تكاثرت به الاخبار عنهم عليهم السلام (٢) من النهي عن القول بما لم يسمع منهم ، ولا يرد عنهم ، والكف والتثبت حتى يسأل .
ومنه حديث صاحب البريد (٣) المروي في الكافي قول الصادق عليه السلام فيه « أما انه شر عليكم أن تقولوا بشيء ما لم تسمعه منا » .

وفي معناه أخبار عديدة ، وبذلك يظهر لك ما في قوله ان القوانين الأصولية يقتضي البطالان ، فان فيه كما عرفت أن القوانين الشرعية الثابتة عن أهل العصمة عليهم السلام تقتضي الصحة ، وهي الأولى والأحق بالاتباع ، وان كانت قليلة الاتباع من حيث عدم التأمل فيها ، والرجوع في ذلك اليها ، والظاهر أن من وقف على ما شرحناه لا يخالف في صحة ما اخترناه .

وثانياً أنه من المعلوم الذي لا يداخله الشك والريب أن أصل هذا العلم الذي هو علم الأصول انما هو من العامة وقد كانت العامة زمن الأئمة عليهم السلام كالشافعي وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل واضرابهم عاكفين على هذا العلم ، وصنفوا فيه الكتب

(١) الفقيه ج ٤ ص ٥٣ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٢٩ ح ٦١ .

(٢) الكافي ج ١ ص ٤٢ ح ٥٠ ، الوسائل ج ١٨ ص ١١٢ ح ٣ .

(٣) اصول الكافي ج ٢ ص ٤٠٢ في ضمن ح ١ ، الوسائل ج ١٨ ص ٤٢ ح ٢٥ .

ويستدلون به على مطالبهم ، ويستنبطون به أحكامهم ، ولم يكن لهذا العلم رواج في الأحكام بين أصحاب الأئمة عليهم السلام من الشيعة ، لاستغنائهم بالسؤال من أئمتهم في جملة أحكامهم ، ولو كان هذا العلم كما يدعيه من سماه بعلم الاصول أصل أصيل في الأحكام الشرعية كيف غفل الأئمة عليهم السلام عن تعليمه للشيعة في زمانهم ، ونشره لهم حيث أنه لم يبق نقيير ولا قطمير من الأحكام والسنن والآداب وجميع ما يمر بالإنسان ويعرض له إلا خرجت به الأخبار ، وتكاثرت به من أكله وشربه ونومه ، ويقظته ، وتزويجه ونكاحه ، وسفره ولبس الثياب وضرب الخلا ونحو ذلك ، فكيف ينهون على هذه الأمور ويتركون أهم الأشياء وأشدّها حاجة ، وهي الاصول التي يبنى عليها الأحكام الشرعية ، وتستنبط منها ، ما هذا الأعجب عجاب عند ذوى الالباب وذيل الكلام واسع في الباب ، يوجب التطويل به الخروج عن موضوع الكتاب ، والله سبحانه العالم .

وثالثاً : أنه ما ذكره من الفورية في الزكاة والخمس والمال الموصى به للفقراء ونحو ذلك لا أعرف عليه دليلاً ، إذ ليس الامجرد الأمر بالاخراج والأمر لا يستلزم الفور ، كما هو المشهور بين محققهم ، على أنه قد دلت الاخبار على تأخير الزكاة الشهر والشهرين ، وفي بعض الأخبار (١) قيد ذلك بعزلها واثباتها ، وقد ورد جواز حمل الخمس الى الامام (٢) من البلدان البعيدة مع وجود المستحق ، وكل ذلك ينافي الفورية .

الثاني : أن ما ذكر من أن له الامتناع حتى يشهد له صاحب الحق بالقبض أحد القولين في المسئلة ، وقيل : بالتفصيل بأنه ان كان مما يقبل قول الدافع فيه ، ولا يتوجه عليه ضرر ، بترك الاشهاد كالوديعه ، وشبهها ، فليس له الامتناع ، والا فله الامتناع الى الاشهاد ، كالدين والغصب ونحوهما وربما قيل بتفصيل آخر أيضاً بالنسبة إلى هذا القسم الأخير ، بأنه ان كان هناك بينة بالحق فله الامتناع

(١) الكافي ج ٣ ص ٥٢٢ ح ٣ ، الوسائل ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢ .

(٢) الوسائل ج ٦ ص ٣٧٥ الباب ٣ من أبواب الانفال .

حتى يشهد ، والا فلا ، مثلاً المديون ان كان عليه بينة بالدين ، فلا يدفعه الى صاحبه حتى يشهد له على القبض ، وان لم يكن عليه بينة بذلك ، فانه وان لم يقبل قوله بالدفع لو أقر بالدين ، إلا أنه يمكنه التخلص بوجه آخر ، وهو أن ينكر أصل الحق بأن يقول : لا يستحق عندي شيئاً ، فيقبل قوله بيمينه كالاول لأنه منكر .

أقول : والذي وجدته في فتاوى من حضرنى كلامه هو القول الأول ، وهذه التفاصيل لم أقف على قائل بها منا وان نقلت مجملة في كتب أصحابنا نعم نسبها في التذكرة الى الشافعية ، واحتج من ذهب من أصحابنا الى القول الاول بأن تكلف اليمين ضرر عظيم وان كان صادقاً وأذن الشارع فيها ، ويترتب الثواب عليها خصوصاً في بعض الناس من ذوى المراتب فان ضرر الغرامة عليهم أسهل من ضرر اليمين .

أقول : ويعضد ما ذكره من تحمل ذوى المراتب ضرر الغرم تفادياً من اليمين حديث على بن الحسين عليه السلام (١) مع زوجته الشيبانية الخارجية لما طلقها وادعت عليه مهرها عند قاضي المدينة فانكر عليه السلام فألزمه القاضي اليمين فأمر ابنه الباقر عليه السلام بدفعه اياها اجلاً لا لله سبحانه أن يحلف به ، وان كان صادقاً .

قال المحقق الاردبيلي بعد الكلام في توقف التسليم على الاشهاد كما ذكره الاصحاب : واعلم أن في فتح هذا اشكالا ، إذ قد يتعذر وجود عدلين مقبولين خصوصاً في زماننا هذا ، وفي أكثر البلدان فان أهلها يمتنعون عن الصلاة جماعة بل صارت معدومة بالكلية ، لعدم العدل مع سهولة الأمر في ذلك ، وأن يرتكبوا الطلاق مع صعوبة الأمر فيه بالنص والاجماع ، وكذا في بعضها عن الطلاق أيضاً حتى قال الشهيد الثاني والسيد المعاصر تلميذه انه لو قيل : بعدم جواز التقصير للعاصي بسفره ، لم يجز لأحد التقصير الا نادراً لتركهم الواجبات العينية ، وعدم أماكن تحصيلها في السفر ، فهو معصية وان كان فيه بحوث قدمضت ، منها أنه

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٣٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ح ١ .

مبنى على أن الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده الخاص ، وهو لا يقول به ، فلا يبعد عدم الجواز مع التعذر أو التعسر المستلزم لمنع صاحب المال عن ماله الذي يدل العقل والنقل على قبحه ، خصوصاً إذا استلزم فوت المصالح مع أن ما نعرف دليلاً واضحاً على جواز ذلك المنع ، إلا ما أشير وهو احتمال لزوم اليمين ، وهو لا يعارض العقل والنقل ، على أنه قد لا يلزم ، بل قد تعلم من صاحب المال انتفاء ذلك وأنه لا محذور فيه ، وعلى تقديره ليس بأشد من منع المال عن مالكه ، مع أنه لا يعانده في تكليفه أيضاً بذلك ، لعدم حضور الحاكم في ذلك البلد ، والشهود إنما تنفع مع الحاكم على ما قالوه ، وأنه قد يسد أبواب المعاملة مثل الديون ، والعارية ، والاجارة ، وغيرها فالمنع عن مثله - لاحتمال بعيد - اعتماداً على أمر غير متحقق ، إذ قد لا يكون الحاكم أو يموت الشهود ، أو يخرج عن شرط القبول بعيد ، خصوصاً ممن يقبل قوله ، ولهذا خص البعض بما عليه البيئة .

وبالجملة الحكم الكلي مشكل جداً ، إلا أن يكون عليه نص أو إجماع والله يعلم ، انتهى وهو جيد لعدم الدليل عليه ، والأصل العدم ، ويخرج ما ذكره مؤيداً لذلك .

وأما الإجماع فلم ينقل في المقام ، بل ظاهر عبارة التذكرة إنما هو العدم ، حيث جعل القول بالأشهاد مطلقاً هو الأقرب ، ايذاناً باحتمال غيره وبالجملة فإن التمسك بالأصل أصل رزين حتى يقوم الدليل على خلافه ، وليس إلا هذه التعليقات العلية كما عرفت في غير موضع .

الثالث : قد عرفت أنه إذا امتنع من الرد بعد المطالبة من غير عذر كان ضامناً ، لكن لو ادعى تلف المال قبل الامتناع أو ادعى الرد قبل المطالبة فهل تسمع دعواه وبينته بذلك ؟ أم لا ، وتفصيل ذلك أن الامتناع من الرد إن كان مجرد تقصير ومطل ، فالظاهر أن هذا لا يمنع من قبول قوله وسماع بينته بدعوى التلف قبل الامتناع ، أو الرد قبل المطالبة ، إذ لا منافاة بينهما ، وهو وإن كان

بضمن بالامتناع ، الا أن هذه الدعوى متقدمة على وقت الامتناع والرجوع إلى الضمان ، وحصول أحد الأمرين المذكورين قبل الامتناع بهذا المعنى ممكن ، وحينئذ يقبل الدعوى بذلك ، وتسمع البينة ، وان كان الامتناع بالبحود فلا يخلو اما أن يرجع إلى نفي الحق عن نفسه ، بأن يقول : لاحق لك عندي أو لا يلزمني دفع شيء اليك ، أو يرجع إلى انكار قبضه وتسلمه منه بالكليّة ، بأن يقول : ما قبضت منك شيئاً وعلى الأول منهما ، فالحكم كما تقدم ، بل أوضح ، لأنه متى ادعى التلف قبل الامتناع أو الرد قبل المطالبة ، فامتناعه بهذا المعنى لا يكذب تلك الدعوى ، بل يؤكدها فانه متى تلف منه أوردته صدق أنه لاحق لك عندي ولا يلزمني دفع شيء اليك ، وأما على الثاني فهو محل الخلاف في المسئلة ، فقليل بعدم قبول دعواه ، وان أقام البينة وهو مذهب العلامة في أكثر كتبه ، قال في التذكرة لو أنكر الوكيل قبض المال ، ثم ثبت ذلك ببينة أو اعتراف ، فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لثبوت خيانتة ، لبحوده ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد والتلف ، لم يقبل بينته ، وللعامة وجهان : أحدهما لا يقبل كما قلناه ، لأنه كذبهما لبحوده ، فان قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً ، والثاني يقبل لأنه يدعى الرد والتلف قبل وجود خيانتة ، وان كان صورة جحوده ذلك لاستحقاق على شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه ، لأن جوابه لا يكذب ذلك ، لأنه إذا كان قد تلف أوردته فليس له عنده شيء ، فلا تنافي بين القولين ، إلا أن يدعى أنه رد أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء ، فلا يسمع قوله ، لثبوت كذب وخيانتة ، انتهى .

وقيل بقبول قوله وسماع بينته ، وهو اختيار الشرايع قال في المسالك : ووجه ما اختاره المصنف من القبول جواز استناد أنكاره إلى سهو ونسيان ، وعموم (١) « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ويقوى ذلك ان أظهر لا نكاره هذا التأويل ونحوه ، انتهى .

ج ٢٢ في حكم دفع الموكل عيناً الى وكيله وأمره بالايدياع عند زيد ٩٥

وظاهر المحقق الأردبيلي التردد هنا حيث قال : ولكن لو أظهر لوجوده وانكاره القبض أولاً وجهاً ، مثل أن قال : كنت نسيت أو خفت أن لاتسمع دعوى التلف ، فيلزمنى المال فأنكرت هل يسمع ذلك أم لا ؟ فيه تردد ، من حيث امكانه ، والحمل على الصحة ، وأنه أمين ، ومن حيث أن فتح هذا الباب يصير سبباً لبطلان كثير من الحقوق ، فتأمل ، ولعل الاول أقرب .

هذا كله فيما لو كانت الدعوى بالتلف أو الرد قبل الجحود ، أما لو كانت بعده بأن قال : إني قبضت بعد ذلك الزمان الذي جحدت فيه ، ورددته اليك أو تلف ، فانه وإن لم يصدق ولم يقبل قوله بمجرد ، لظهور خيافته لكن يقبل دعواه ، وتسمع بينته ، لا يمكن ذلك وعدم المنافات ، وغايته أن يكون بجحوده متعدياً ضامناً ، وذلك لا ينافي قبول دعواه وسماع بينته ، فإذا أقام البينة على الرد الذي ادعاه ثبت الحكم ، وسقطت المطالبة .

وأما دعوى تلف العين فانه وإن برئت ذمته من رد العين بالبينة أو اليمين إلا أنه يلزمه المثل أو القيمة من حيث الضمان المترتب على الخيانة ، وبالفارق بين صورتي القبلية والبعدية هنا صرح العلامة في الارشاد ، وفي غيره أطلق عدم سماع دعواه ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : قال في التذكرة : لو دفع الى وكيله عيناً وأمره بإيداعها عند زيد فأودعها ، وأنكر زيد فالقول قوله مع اليمين ، فإذا حلف برىء ، وأما الوكيل فان كان قد سلمها بحضرة الموكل لم يضمن ، وإن كان بغيبته ففي الضمان اشكال وللشافعية وجهان : أحدهما انه يضمن كما في الدين ، لأن الوديعة لا تثبت الا بالبينة والثاني لا يضمن ، لأن الودعي اذا ثبت عليه - بالبينة - الايداع ، كان القول قوله في التلف والرد فلم تعد البينة شيئاً ، بخلاف الدين ، لأن القضاء لا يثبت إلا بها ، انتهى .

أقول : المشهور في كلامهم هو الفرق بين الوكالة في قضاء الدين ، والوكالة في الايداع ، بأنه في الاول لو لم يشهد الوكيل على القضاء ضمن ، وفي الثاني

لا يضمن ، وعلى هذا فيجب الاشهاد في الاول دون الثاني ، ووجه الأول أن براءة الذمة ظاهرة وباطناً الذي هو مطلوب الموكل - انما يتحقق بالاشهاد ، وكذا الأمر الموكل فيه انما يتحقق بالاشهاد ، فانه متى أنكر صاحب الدين القبض من الوكيل ولا يبينه ، فكأنه لم يأت الوكيل بما وكل فيه ، ولم يأت بما أمر به الموكل فيكون ضامناً بخلاف الابداع ، فانه لا يلزمه الاشهاد ، ولا يضمن لو تركه ، لأن الودعي أمين ، وقوله مقبول ، أشهد عليه أو لم يشهد ، فلا يظهر للأشهاد فائدة .

الا أنه يمكن أن يقال : ان الأصل العدم في الموضوعين ، ومطلق الأمر في كل من الموضوعين لا يدل على الاشهاد ، ويؤيده أن الوكالة مطلقة لا تقيد فيها بالاشهاد ، ويؤيده أن الوكالة قد حصل الامتثال بانفاذ ما وكل فيه ، فيجوز من دون الاشهاد ، إلا أن يقوم دليل من خارج على الاشهاد ، كالوكالة في الطلاق مثلاً ، والظاهر أنه لا اجماع في القضاء ، ولهذا ان ظاهر المحقق في الشرايع التردد في ذلك ، ويؤيده ما تقدم في كلام المحقق ذكره ، ويؤيده أيضاً أن فيه سد باب قبول الوكالة لما يتطرق اليه من الضرر الا أن يكون جاهلاً فيعذر .

وبالجملة فالمسئلة كغيرها لا يخلو من الاشكال لعدم النصوص القاطعة لمادة القيل والقال في أمثال هذا المجال ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : قالوا : لو تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه ، كلبس الثوب ، وركوب الدابة الموكل ببيعهما ، ولكن لا تبطل وكالته بذلك ، ولو باع ما تعدى فيه وسلمه الى المشتري برىء من ضمانه .

أقول : أما الحكم الأول فالظاهر انه لا خلاف فيه إلا من بعض العامة كما ذكره في المسالك ، وفيه أن العلامة في المختلف قد نقل ذلك عن ابن الجنيدي أيضاً حيث قال : تعدى الوكيل فيما وكل فيه بما يلزمه الغرم والضمان مبطل للوكالة . وكيف كان فهو ضعيف ، والوجه في بقاء الوكالة وعدم بطلانها وان ضمن بالتعدى أن الوكالة تضمنت شيئين ، الأمانة ، والاذن في التصرف ، فاذا تعدى زالت

الأمانة ، وبقي الاذن بحاله ، ونظيره الرهن ، فانه متضمن لشئئين الأمانة والتوثيق فاذا بطل الاول بالتعدي لا يلزم منه بطلان الثاني ، وهذا بخلاف الوديعة ، حيث أنها أمانة محضة ، فبالتعدي تزول وتبقى مضمونة .

وأما الحكم الثاني فالوجه فيه أنك قد عرفت بقاء الوكالة وعدم زوالها بالتعدي ، وحينئذ اذا باع تلك العين وسلمها الى المشتري زال الضمان عنه اجماعاً كما نقله في التذكرة ، لاستقرار ملك المشتري عليه ، وزوال ملك الموكل عنه ، لأنه تسليم مأذون فيه ، فيجرى مجرى قبض المالك .

بقي الكلام هنا في مواضع : الاول : هل يخرج من الضمان بمجرد البيع قبل التسليم أم لا ؟ وجهان : يلتفتان الى أنه قد خرج عن ملك المالك ، ودخل في ملك المشتري وضمانه ، فلا ضمان على الوكيل حينئذ ، والى أنه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري ، فيكون التلف على ملك الموكل ، قال في المسالك وهذا أقوى . وفي التذكرة بعد أن قرب هذا الوجه أولاً وذكر أنه أصح وجهي الشافعية ذكر الوجه الاول وعلته ، وقال بعد : ونحن فيه من المترددين .

الثاني اذا باع ما فرط فيه وقبض الثمن في صورة الجواز كان الثمن أمانة في يده ، غير مضمون عليه ، وان كان أصله مضموناً ، لانه لم يتعد فيه وقد قبضه باذن الموكل ، فيخرج عن العهدة .

الثالث : لو تعدى في هذا الثمن بعد قبضه أو دفع اليه نقداً يشتري به شيئاً فتعدى فيه صار ضماناً له ، فاذا اشترى به وسلمه الى البائع زال الضمان بالتقريب المتقدم ، وهل يزول بمجرد الشراء ؟ الوجهان المتقدمان .

الرابع : قد عرفت أنه اذا تعدى في العين ثم باعه وسلمها الى المشتري برىء من الضمان اجماعاً ، لكن لو ردها المشتري عليه ، بعيب قال في التذكرة : عاد الضمان ، وقال في المسالك : وفي عود الضمان وجهان : أجمودهما العدم ، لانتقال الملك الى المشتري بالعقد ، وبطلان البيع من حينه لامن أصله ، انتهى .

أقول : مقتضى ما ذكره من الانتقال الى المشتري بالعقد أن الانتفاعات بالمبيع والنماء مدة الخيار للمشتري ، وإن فسخ العقد ورد المبيع بالعيب بعد ذلك ، إلا أنه قد تقدم في كتاب المبيع أن الاخبار في ذلك مختلفة ، وأخبار خيار الحيوان متفقة على أن تلفه في زمن الخيار من مال البائع وهو مؤذن بدم الانتقال للمشتري ، ولهذا نقل عن بعض الأصحاب أن منفعة المبيع في زمن الخيار والنماء إنما هو للبائع ، وحينئذ فلا استبعاد في أن الفسخ هنا يبطل البيع من أصله والله سبحانه العالم .

الخامسة : المشهور بين الأصحاب أنه إذا أذن الموكل للوكيل في بيع ماله من نفسه أو الشراء له من نفسه جاز ونقل عن الشيخ ومن تبعه المنع للتهمة ، ولأنه يصير موجباً قابلاً ، ورد بمنع التهمة مع الاذن ، ومراعات المصلحة المعتمدة في كل وكيل ، وجواز تولي الواحد من الطرفين عندنا كذا في المسالك .

وعندى فيه نظر ، فإن ظاهر كلام الشيخ وخلافه في هذه المسئلة إنما هو في صورة الاطلاق ، لافي صورة التصريح بالاذن ، وبذلك صرح في التذكرة ، فقال : إذا وكله في بيع شيء فإن جوز له أن يشتريه هو ، جاز أن يبيعه على نفسه ، ويقبل عن نفسه ، وإن منعه من ذلك لم يجز أن يشتريه لنفسه إجماعاً ، وإن أطلق منع الشيخ من ذلك ، لأنه قال : جميع من يبيع مال غيره وهم ستة أنفس ، الأب والجدة وصيهما ، والحاكم وأمينه والوكيل ، لا يصح لأحد منهم أن يبيع المال الذي في يده من نفسه إلا لثنين ، الأب والجدة ، ولا يصح لغيرهما إلى آخره وهو ظاهر كما ترى في أن خلاف الشيخ إنما هو في صورة الاطلاق ، لا الاذن كما ذكره .

ومنه يعلم أنه لا خلاف مع الاذن ، وإنما الخلاف مع الاطلاق ، ثم إن ظاهرهم أنه لا فرق في ذلك بين الوكالة في بيع أو عقد نكاح أو غيرهما في أنه يصح مع الاذن ، مع أنه قد روى عمار (١) في الموثق قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٧ ح ٤ .

المرأة تكون في أهل بيت وتكره أن يعلم بها أهل بيتها أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها ؟ تقول له : قد وكلتك فاشهد على تزويجي ؟ قال : لا ، قلت : جعلت فداك وإن كانت أيماً ؟ قال : وإن كانت أيماً ، قلت : وإن وكلت غيره يزوجه ، قال : نعم ، وأنت خير بأن هذه الرواية صريحة في المنع مع الأذن والظاهر أنه ليس إلا من حيث تولي طرفي العقد ، ولكن هوردها النكاح خاصة ، فيمكن أن يقال : بذلك في غيره أيضاً نظراً إلى أن الأصل عصمة مال المسلم وعصمة الفروج ، حتى يقوم الدليل على صحة العقد ، ومجرد الأذن كما ادعوه لا يوجب الصحة ، إذ يمكن أن يكون المانع هو تولي طرفي العقد ، وإن جاز ذلك في الأب والجد مع الغماض عن المناقشة فيه أيضاً .

وجملة أدلتهم التي استندوا إليها في جواز تولي الواحد طرفي العقد لا يخلو عن خدش ، كما نبهنا عليه في ما تقدم من كتاب البيع في المسئلة الخامسة من المقام الثاني من الفصل الأول في البيع (١) فليراجع إليه من أحب الوقوف عليه ، إلا أن المفهوم من بعض الاخبار الواردة في هذا المقام كما ستظهر لك إن شاء الله هو أن المنع إنما هو من حيث خوف التهمة والخيانة ، وهو مشعر ، بأنه مع الأذن الموجب لارتفاع ذلك فانه يصح ، وحينئذ فينبغي الفرق في ذلك بين البيع والنكاح ، ويخص المنع بالنكاح ، للخبر المذكور ، هذا كله مع الأذن .

أما مع الإطلاق فالمشهور بين أكثر الاصحاب من المتقدمين والمتأخرين هو المنع ، وهو مذهب العلامة في غير التذكرة والمختلف ، وذهب في الكتابين المذكورين إلى الجواز على كراهية ، ونقل عن أبي الصلاح وهو مذهب الدروس ، والأظهر هو القول المشهور ، ويدل عليه أن الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير عقلاً ونقلًا إلا مع الأذن ، والمفروض عدمه ، فان الإطلاق لا يدل عليه .

والظاهر أن من قال بالجواز إنما قال ذلك من حيث دعوى فهم الأذن من

الاطلاق ، وحينئذ فمطرح النزاع في أنه هل يفهم الاذن من الاطلاق أم لا ؟ والا فالظاهر أنه لا نزاع مع عدم فهمه ، وحينئذ فالذي يدل على عدم فهمه زيادة على الاصل المتقدم عدم ظهور الدلالة ، لأن المتبادر من قوله بع هذا الشيء هو البيع على الغير عرفاً وعادة ، يدل على ذلك جملة من الأخبار ، وقد تقدمت في المقدمة الثانية في آداب التجارة في مسألة مالو قال انسان للتاجر : اشتر لي متاعاً (١) ومنها موثقة اسحق بن عمار (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول : ابتع لي ثوباً فيطلب له في السوق ، فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده ، قال : لا يقربن هذا ، ولا يدنس نفسه ، ان الله عز وجل يقول (٣) « إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وحملها الانسان انه كان ظلوماً جهولاً » وان كان عنده خير مما يجد في السوق فلا يعطيه من عنده » .

ورواية علي بن أبي حمزة (٤) « قال : سمعت عمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام قال : جعلت فداك إني رجل .

أبيع الزيت يأتيني من الشام فأخذ لنفسي مما أبيع ؟ قال : ما أحب لك ذلك ، قال : إني لست أنقص لنفسي شيئاً مما أبيع ، قال بعه من غيرك ، ولا تأخذ منه شيئاً أرايت لو أن الرجل قال لك : لا أنقصك رطلاً من دينار ، كيف كنت تصنع لا تقربه .

فظاهر هذا الخبر أن يبيع الرجل من نفسه أو شرائه لنفسه لا يدخل تحت الاطلاق الذي اقتضته الوكالة ، والا فان مقتضى اطلاق الوكالة صحة البيع والشراء بما يراه الوكيل وفعله ، فلامعنى لقوله عليه السلام بالنسبة اليه لو أن الرجل قال لك :

(١) ج ١٨ ص ٣٢ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٣٥٢ ح ١٢٠ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٢ .

(٣) سورة الاحزاب - الآية ٧٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢٨ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٩٠ ح ٢ .

ج ٢٢ في عدم جواز بيع الوكيل من نفسه في صورة الاطلاق والتهمة ١٠١

لأنقصك رطلاً من دينار لو كان داخلاً تحت الاطلاق، ونحوها الموثقة المتقدمة، فانه لا معنى لكونه يدنس نفسه، ويخوفه في الامانة مع كونه داخلاً تحت اطلاق الوكالة. وفي رواية ميسر (١) قال: قلت له يجئني الرجل فيقول لي اشترلي فيكون ما عندي خيراً من متاع السوق قال: اذا أمنت أن لا يتهمك فاعطه من عندك، وان خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق.

وفي هذا الخبر دلالة على أن المنع من ذلك في هذه الأخبار إنما هو من حيث خوف التهمة، وفيه اشعار بالجواز بل دلالة ظاهرة على ذلك مع الأمن من التهمة، وحينئذ فمع الاذن صريحاً كما تقدم، فالجواز بطريق الأولى كما تقدمت الاشارة إليه، إلى غير ذلك من الأخبار المتقدمة في الموضوع المتقدم ذكره. ومنه يعلم أنه ليس المنع فيما دل على المنع من حيث تولي طرفي الايجاب والقبول، وقد تقدم مزيد توضيح لذلك في المسئلة الخامسة من المقام الثاني من فصل البيع (٢) على أنه ان أريد بطرفي الايجاب والقبول، هو قول البائع بعتك مثلاً، وقول المشتري قبلت كما هو ظاهر هذه العبارة، وهو مرادهم فهذا ليس عليه دليل ولا أثر في الأخبار وان اشتهر بينهم، وإنما الموجود فيها الايجاب بلفظ الأمر كقوله اشترلي أو بع هذا، ونحو ذلك، والقبول إنما هو فعل ما امر به، وهو القبول الفعلي بمعنى أنه أمره بالبيع فباع أو الشراء فيشتري ونحو ذلك وحينئذ فيعه على نفسه إنما هو عبارة عن أن يأخذ ذلك الشيء المأمور ببيعه لنفسه، ويدفع ثمنه من ماله، كما هو المستفاد من هذه الأخبار المذكورة هنا ونحوها، وقد عرفت أن هذا النهي إنما هو من حيث خوف التهمة، وحينئذ فمع تسليم صدق تولي الطرفين على هذه الصورة فانه لا مانع من هذه الجهة، وإنما، المنع من الجهة المذكورة، وان اختص ذلك بالصورة المذكورة الأولى كما هو ظاهر كلامهم،

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٢١ ح ١٧، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٤.

(٢) ج ١٨ ص ٤١٧.

وقد عرفت أنه لا وجود له في الأخبار بالكلية .

واستدل في المختلف على ما ذهب إليه من الجواز بأدلة ذكرناها في مسألة مالو قال : انسان للتأجر اشترلي من المقدمة الثانية في آداب التجارة (١) وبيننا بطلانها فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه ، وقد تلخص مما ذكرناه أنه مع الاذن فالظاهر الصحة في البيع أو الشراء ، ومع الاطلاق فالظاهر المنع إلا مع أمن التهمة ، وأما تعليل المنع بتولي طرفي العقد فلا دليل عليه إلا في النكاح ، كما عرفت من الرواية المتقدمة ، وباقي ما يتعلق بالمسئلة المذكورة من الفروع والتحقيق يرجع فيه إلى الموضعين المتقدمين المشار إليهما ، والله سبحانه العالم .

المطلب السابع في التنازع :

وفيه أيضاً مسائل : الاولى : في الاختلاف في الوكالة ولو احققها وفيه صور : منها الاختلاف في أصل الوكالة ، فيحلف المنكر لها ان لم يكن بينه ، لأن القول قوله يمينه ، حيث أن الأصل عدم ، وهذا فيما إذا ادعى العامل الوكالة ، وأنكرها المالك ، ظاهر .

أما انكار الوكيل فانه بحسب الظاهر لا معنى له ، حيث أن الموكل لاحق له يدعيه ليتحقق انكاره ، الا أنه يمكن فرض ذلك فيما لو كان التوكيل في شيء مشروطاً في عقد لازم ، وشرط ايقاعه في وقت معين ، كيوم الجمعة مثلاً ، ثم حصل الاختلاف في الوكالة بعد انقضاء ذلك الوقت ، فادعى الموكل الوكالة ليطمئن له العقد ، وأنكرها الوكيل ليتزلزل العقد ، ويتسلط على الفسخ ، وكما أن القول قول الموكل لو أنكر الوكيل كذلك ، لو اتفقا على أصل الوكالة ، واختلفا في بعض الكيفيات أو المقادير ، كما إذا قال الوكيل : وكلتني في بيعه كله أو بيعه نسيئة أو شرائه بعشرين ، وقال الموكل : بل ببيع بعضه أو بيعه نقداً أو شرائه بعشرة فالقول قول الموكل ، لأن الأصل عدم الاذن فيما يدعيه الوكيل ، ولأن

الاذن صادر عن الموكل ، وهو أعرف بحال الاذن ومقاصده الصادرة منه ،
ولأنه كما كان القول قوله في أصل العقد ، كذلك في صفته ، والظاهر أنه
لا خلاف فيه .

ومنها الاختلاف في التلف ، وظاهر كلامهم الاتفاق على أن القول قول
الوكيل يمينه ، لأنه أمين ، ويتعذر عليه إقامة البينة بالتلف غالباً ، وقد تقدم
نقل جملة من عبائهم في المسئلة الاولى من سابق هذا المطلب ، بل ظاهر عبارة
المسالك دعوى الاجماع على ذلك ، الا أن فيه ما عرفت في الموضع المشار اليه من
أن الاجماع المدعى ان كان على حكم التلف خاصة ، فان أحداً لم يدعه ، وان
كان ظاهر كلامهم الاتفاق على ذلك ، وان كان على كونه أميناً وترتب أحكام
الأمين عليه ، فكلامهم واختلافهم في بعض الأحكام المتفرعة على ذلك ينافي دعوى
الاجماع المذكور .

وكيف كان فالقول قول الوكيل يمينه في دعوى التلف بالنسبة إلى العين
الموكل في بيعها ، وثمنها لو كان وكيلاً في قبضه ، أعم من أن يكون التلف
بسبب ظاهر أو خفي .

ومنها الاختلاف في الرد ، والمشهور أنه ان كان وكيلاً يجعل فعله
البينة ، ولا يقبل قوله ، والا فالقول قوله يمينه كالودعي ، والوجه في هذا
التفصيل أنه مع عدم الجعل أمين ، وقد قبض المال لمجرد مصلحة المالك ، فكان
محسناً محضاً ، وكل ما يدل على قبول قول الودعي - من قولهم ان عدم قبول
قوله يؤدي إلى الاعراض عن قبول النيابة في ذلك ، وهو ضرر عظيم - يدل
عليه هنا .

وأما مع الجعل ، فانه قبض المال لمصلحة نفسه ، فجرى مجرى المرتهن
والمستعير ، فلم يقبل قوله ، وللخبر المتفق عليه (١) « البينة على المدعي واليمين

(١) المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣ .

على المنكر، خرج منه الأول من حيث أنه أمين وبقي ما عداه .

وقيل : ان القول قول الموكل ، بيمينه مطلقاً ، سواء كان الوكيل بجعل أو بدونه ، ووجهه أن الأصل عدم الرد ، والخبر المتفق عليه ، وأجيب عن الوجوه المتقدمة فيما إذا لم تكن بجعل أن كونه أميناً لا يستلزم القبول ، كمن قبضه لمصلحة نفسه مع كونه أميناً ، والضرر يندفع بالأشهاد ، والتقصير في تركه إنما هو منه ، وكونه محسناً لا ينافي عدم قبول قوله في الرد ، وكونه من جملة السبيل المنفي عنه ، يندفع بأن اليمين عليه سبيل أيضاً ، وليس بمندفع .

أقول : وهذه الوجوه المستدل بها وأجوبتها لا يخلو من المناقشات التي ليس في التعرض لها مزيد فائدة بعد ما عرفت في غير موضع مما تقدم من أنها لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية ، وإنما المدار فيها على النصوص المعصومية ، والمستفاد منها كما تقدم تحقيقه - في ذيل المسئلة الأولى (١) من مسائل سابق هذا المطلب - هو أن الأمين وكيلاً كان أو غيره بجعل كان أو بغير جعل ، يقبل قوله فيما ادعاه من تلف أو رد أو غيرهما ، وأن هذه الأخبار الدالة على ذلك أخص من الأخبار الدالة على ما ذكره من تلك القاعدة وهي «أن البينة على المدعي واليمين على المنكر» التي استندوا إليها هنا في تقديم قول الموكل ، ومقتضى القواعد الشرعية تقديم العمل بهذه الأخبار ، لأنها أخص ، ويخص ما استندوا إليه من تلك القاعدة بها .

وبذلك يظهر لك بطلان الوجه العقلي الذي استندوا إليه في الفرق بين الودعي والوكيل بغير جعل ، وبين غيرهما ممن له مصلحة في تلك المعاملة ، وأن الأول محسن محض فلا يضمن ، بخلاف الثاني ، فانه مجرد تخريج لادليل عليه ، كما اعترف بذلك في المسالك في كلام قدمنا نقله عنه في كتاب العارية قال فيه : وهذه العلة ليست منصوصة وإنما هي مناسبة ، وهو جيد .

وبالجملة فالعمل على الأخبار وهي كما حققناه دالة على ما ذكرنا ، ولكنهم لغفلتهم عن ملاحظة الأخبار ، وعدم الاطلاع عليها انجرت بهم المناقشة إلى الوديعة أيضاً ، حيث أن ظاهرهم أن المستند فيها انما هو الاجماع . قال في المسالك في هذا المقام بعد البحث في المسئلة : والحق أن قبول قول الودعي ان كان خارجاً بالاجماع الفارق فهو الفارق ، والا فلا فرق ، وفي الاجماع بعد وقد تقدم الكلام فيه ، انتهى .

وهو ظاهر فيما قلناه ، حيث انهم نظروا إلى أخبار (١) « البينة على المدعى واليمين على المنكر » ، خاصة ، ولم يطلعوا على تلك الاخبار التي خصصنا بها هذه القاعدة ، وهي كما عرفت ظاهرة في المدعى ، والله سبحانه العالم .

ومنها ما اذا ادعى الوكيل التصرف فيما وكل فيه ، مثل قوله : بعث ما وكلتني في بيعه أو قبضت ما وكلتني في قبضه ، وأنكر الموكل ذلك ، ف قيل : القول قول الوكيل ، وبه جزم العلامة في الارشاد من غير خلاف ، وقربه في القواعد وجزم في التذكرة بتقديم قول الموكل ان كان النزاع بعد عزل الوكيل ، واستقر كونه الحكم كذلك أيضاً قبل عزله ، وقد قدمنا عبارته بذلك في المسئلة الاولى (٢) من مسائل سابق هذا المطلب ، وتوقف في التحرير ، وقال في الشرايع ان القول قول الوكيل ، لأنه أقرب ماله أن يفعله ، ولو قيل : القول قول الموكل أمكن ، لكن الأول أشبه .

قال في المسالك : وجه الأشبهية انه أمين ، وقادر على الانشاء ، والتصرف اليه ، ومرجع الاختلاف إلى فعله ، وهو أعلم به ووجه تقديم قول الموكل ظاهر لأصالة عدم الفعل .

أقول : والأقرب عندي الرجوع إلى ما قدمناه من التحقيق في المقام ،

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١ ، المستدرک ج ٣

ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣ .

(٢) ص ٨٥ .

ومقتضاه أن القول قول الوكيل ، لأنه أمين ، وقضيته ذلك قبول قوله في التصرف وغيره والله وسبحانه العالم .

ومنها ما لو اختلفا في قدر الثمن المشتري به ، فقال في المبسوط : ان القول قول الوكيل ، لأنه أمين ، فيقبل قوله كما يقبل في التسليم والتلف ، وقال الفاضلان ان القول قول الموكل ، لأنه غارم ومنكر ، ولأصالة عدم الزيادة ، واحتمل الشهيد في شرح نكت الارشاد أن القول قول الموكل ان كان الشراء في الذمة وقول الوكيل ان كان الشراء بالعين ونقله عن القواعد .

وقال في المسالك - بعد فرض المسئلة في كلام المصنف بما اذا كان وكله في ابتياع عبد فاشتره بمائة ، فقال المؤكل اشترته بثمانين ، وذكر القولين في المسئلة ماصورته - : التقدير أن المبيع يساوي بمائة كما ذكره في التحرير ، وإلا لم يكن الشراء صحيحاً لما تقدم من حمل اطلاق الاذن على الشراء بثمن المثل ، ووجه تقديم قول الوكيل ، أن الاختلاف في فعله وهو أخبر ، وأن الظاهر ان الشيء انما يشتري بقيمته ، وهو قوي ، ووجه تقديم قول الموكل أصالة برائة الذمة من الزائد ، ولأن في ذلك اثبات حق للبائع على الموكل ، فلا تسمع ، ولا فرق في ذلك بين كون الشراء بالعين أو في الذمة ، لثبوت الغرم على التقديرين ، انتهى . أقول : ومقتضى ما ذكرناه من التحقيق المتقدم العمل لقول الشيخ والله سبحانه العالم .

ومنها ما لو ادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف في يده ، فأنكر الموكل القبض ، فان كان الدعوى بعد تسليم المبيع للمشتري فالقول قول الوكيل بيمينه مع عدم البينة ، لأنه أمين ، والأصل عدم الغرامة ، ولأنه لو لم يقبل يلزم سد باب التوكيل ، ولأن دعوى الموكل يتضمن خيائته مع كونه أميناً ، وقد عرفت من الأخبار المتقدمة النهي عن تهمته ، ووجه تضمن دعوى الموكل عدم القبض الخيانة هو أن الدعوى بعد تسليم المبيع للمشتري كما هو المفروض ، فيلزم على دعواه

أن يكون قد سلم المبيع قبل أن يتسلم الثمن ، مع أنه لا يجوز تسليم المبيع إلا بعد قبض الثمن كما تقرر بينهم وان كان الدعوى قبل تسليم المبيع ، بل هو باق في يد الوكيل قالوا : القول قول الموكل ، لأن الأصل عدم الأخذ ، ولا يلزم الخيانة ولا يلزم سد الباب ، كذا قيل وفيه تأمل .

تذنيب :

قد صرحوا بأن القول قول الوصي في الانفاق ، دون تسليم المال الى الموصى نه ، وكذا القول في الأب والجد والحاكم مع اليتيم ، اذا أنكر القبض بعد بلوغه ورشده ، قال في المسالك : وظاهرهم هنا عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له أو اليتيم في عدم القبض ، وهو يؤيد تقديم قول الموكل فيه ، للأشتراك في العلة ، بل ربما كان الاحسان هنا أقوى .

أما الانفاق فخرج من ذلك ، مع أن الأصل عدم ما يدعيه المنفق لعسراقامة البينة عليه في كل وقت يحتاج اليه ، فيلزم العسر والخرج المنفيين ، بخلاف تسليم المال ، انتهى .

أقول : لما كان المستند عندهم في عدم تضمين الأمين من وكيل وغيره ، وقبول قوله إنما هو آية (١) « ما على المحسنين من سبيل » وأن الودعي والوكيل بغير جعل فعلا احساناً محضاً ، فلا يلحقهما الضمان ، بل يقبل قولهما استدلال بعدم الخلاف في تقديم قول الموصى له أو اليتيم على تقديم قول الموكل في انكار الدفع اليه ، وان لم يكن الوكالة بجعل ، لأنه مع الجعل كما عرفت ، فالقول قول الموكل عندهم ، بل ربما كانت العلة الموجبة لقبول قوله وهو الاحسان أقوى في جانب الوكالة ، لأنه يتصرف له ويبيع ويشترى ويسعى بغير جعل ، ولارباب أن الاحسان في هذه الحال أزيد منه في حفظ الوصي ، والولي الشرعي مال الموصى

اليه ، واليتيم ، والدفع اليهما .

وأنت خير بأنك اذا رجعت الى الأخبار التي قدمناها في الوديعة دليلاً على ما ذكرناه من كون الأمين مقبول القول فيما يدعيه ، بل لا يمين عليه وان كان خلاف المشهور بينهم ، وجدت أن موردها إنما هو من دفع ماله الى غيره بعنوان الوديعة ، أو الوكالة ، أو نحوهما ، لأن كان عنده مال لغيره بعنوان الوصاية أو الولاية الشرعية ، لأن موردها النهي عن اتهام من أتمنه ، بمعنى تصديقه فيما يدعيه ، ونحوها أخبار (١) « ما خانك الأمين ، ولكن ائتمنت الخاين » بالتقريب الذي تقدم ذيلها .

وبالجملة فان الخطاب بقبول قول الأمين إنما توجه للذي دفع اليه المال بمعنى أنك ائتمنته ، ووثقت بديانته وأمانته ، فلا تتمه بعد ذلك ، بل صدقه فيما يدعيه ويقول ، وما ذكرهنا من الوصي والآب والجد والحاكم وان كانوا أمناء ، إلا أنهم لا يدخلون في عنوان تلك الأخبار ، بحيث يلحقهم الحكم المتفرع على الأمين فيها من سماع قوله ، فاستدلاله غير تام ، وهو نظر الى صدق الأمين في الموضوعين واعتمد على التعليل العقلي الذي اعتمدوه ، ولم يطلع على الأخبار المذكورة ، فالواجب حينئذ في هذه المسئلة هو الرجوع الى القاعدة الكلية الدالة (٢) على « أن البينة على المدعي واليمين على المنكر » وهي تقتضي تقديم قول الموصي له واليتيم لأنهما منكران ، وأما الوكيل ونحوه فقد عرفت أن مستنده تلك الأخبار الخاصة التي خصصنا بها تلك القاعدة ، فافترق الأمران ، والله سبحانه العالم .

تذنيب آخر :

قالوا : لو اشترى انسان سلعة وادعي أنه وكيل في ذلك الشراء الآخر ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٢ ح ٣٣ ، الكافي ج ٥ ص ٢٩٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٤ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١ ، المستدرک ج ٣ ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣ .

فانكر ذلك الآخر ، فان القول قوله يمينه ، فإذا حلف اندفع عنه الشراء ، وحكم به للمشتري ، وحكم عليه بالثمن ، سواء اشترى بعين أم في الذمة ، ولكن يجب تقييده بعدم اعتراف البائع بكونه وكيلاً أو كونه العين التي اشترى بها ملكاً للمنكر ، أو قيام البينة بذلك ، وإلا يبطل البيع ، كما لو ظهر استحقاق أحد العوضين المعينين ، والله سبحانه العالم .

الثانية : اختلف الأصحاب فيما لو وكله على أن يزوجه امرأة ، فعقد له على امرأة ثم أنكر الموكل الوكالة بذلك ، فقيل : القول قول الموكل بيمينه ، لأنه منكر ، ويلزم الوكيل مهرها ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، قال : ويجوز للمرأة أن تتزوج بعد ذلك ، غير أنه لا يحل للموكل فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يطلقها ، لأن العقد قد ثبت عليه ، وبه قال ابن البراج .

وقال في المبسوط : ان الذي على الوكيل إنما هو نصف المهر ، قال في المسالك : وهو المشهور بين الأصحاب ، وبه قال ابن الدريس ، ثم قوي بعد ذلك مذهب النهاية .

وقيل : يبطلان العقد نقله في المختلف عن بعض علمائنا ، قال بعض علمائنا : إذا أنكر الموكل الوكالة كان القول قوله مع اليمين ، فإذا حلف بطل العقد ظاهراً ، ولامهر ، ثم الوكيل ان كان صادقاً وجب على الموكل طلاقها ونصف المهر ، قال في المختلف : وفيه قوة .

احتج الشيخ على القول الأول بأن المهر قد ثبت بالعقد ، ولا ينتصف الا بالطلاق ، ولم يحصل فيجب الجميع ، استدلل على ما ذهب إليه في المبسوط برواية عمر بن حنظلة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قال لآخر : اخطب لي فلانة ، فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك رضا لي ، وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك ، فذهب فخطب له ، وبذل عنه الصداق

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٤٩ ح ٤ ، الوسائل

وغير ذلك مما طالبوه وسألوه ، فلما رجع إليه أنكر ذلك ، قال يغرم لها نصف الصداق عنه ، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها ، فلما أن لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له ، حل لها أن تتزوج ولا يحل للأول فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يطلقها فإن الله تعالى (١) يقول « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله تعالى ، وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد أباح الله لها أن تتزوج ، رواء في التهذيب والفقيه .

وظاهر الشرايع والمختلف كما سلف تقوية القول بالبطلان ، وهو ظاهره في المسالك أيضاً ، حيث قال بعد نقل الخبر المذكور : وفي سند الحديث ضعف ، ولو صح لم يمكن العدول عنه ، والقول الثالث الذي اختاره المصنف قوي ، ووجهه واضح ، فإنه إذا أنكر الوكالة وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهراً ، ومن ثم يباح لها أن تتزوج ، وقد صرح به في الرواية ، فينتفى المهر أيضاً ، لأن ثبوته يتوقف على لزوم العقد ، ولأنه على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج ، لأنها عوض البضع ، والوكيل ليس بزوجه ، نعم لو ضمن الوكيل المهر كله أو بعضه لزمه حسب ما ضمن ، ويمكن حمل الرواية عليه ، وأما وجوب الطلاق على الزوج مع كذبه في نفس الأمر ووجوب نصف المهر فواضح ، انتهى .

ومرجع ردهم الخبر إلى ما اشتمل عليه من إيجاب نصف المهر على الوكيل ، مع أنه ليس هو الزوج مع بطلان العقد بعد حلف الموكل ، فلا يترتب عليه مهر ، ولهذا جوز لها أن تتزوج ، بناء على ذلك ، ولا شك في قوته بالنظر إلى العقل ، إلا أنه من الجائز كون الزام الوكيل بنصف المهر إنما هو عقوبة له حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد ، والأحكام الشرعية لا مسرحة للعقول في الاطلاع عليها ، وأسبابها ، ويؤيد هذه الرواية صحيحة أبي عبيدة الحذاء (٢) المروية في الفقيه والتهذيب وعن

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٣ ح ١٥٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٤ ح ٤٤ ،

الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٨ ح ١ .

أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل بصرة من بنى تميم ، فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بنى تميم ، قال : خالف أمره ، وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ، ولأعدة عليها ، ولأميراث بينهما ، قال فقال له بعض من حضر : فان أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة ، ثم جحد الأمر أن يكون قد أمره بذلك بعد ما زوجه ؟ قال : قال : ان كان للمأمور بينة أنه كان أمره أن يزوجه ، كان الصداق على الأمر لأهل المرأة ، وان لم يكن له بينة فان الصداق على المأمور لأهل المرأة ، ولأميراث بينهما ، ولا عدة ، ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقاً ، وزاد في الفقيه « فان لم يكن سمي لها صداقاً فلا شيء لها » ، والرواية كما ترى صحيحة صريحة فيما دلت عليه الرواية الأولى ، ويؤكد السؤالا الأول من هذه الرواية أيضاً ، والمفهوم من جملة هذه الروايات أن المرأة بالعقد عليها استحققت المهر على الزوج ، لكن لما أنكر الزوج الوكالة ولا بينة ، وحلف انتفى النكاح ، ولكن جعل حقها من المهر على الوكيل ، حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد على الوكالة ، وإذا كان وجوب ذلك على الوكيل إنما هو لما ذكرناه ، فلا ينافيه بطلان العقد ، ألا ترى ان العقد في السؤال الأول من الصحيحة المذكورة باطل ، حيث انه ليس هو المأمور به ، مع أنه عليه السلام حكم على الوكيل بنصف المهر عقوبة له .

وبالجملة فان الحكم المذكور بعد دلالة هذين الخبرين لامجال للمنازعة فيه ، سيما بعد اعترافه في المسالك بأنه لو صح لم يمكن العدول عنه ، وهذه الرواية الثانية التي ذكرناها صحيحة السند ، لأن الشيخين المذكورين رواها عن الحسن بن محبوب عن مالك بن عطية عن أبي عبيدة الحذاء ، والثلاثة المذكورون ثقات ، والطريق إلى الحسن بن محبوب صحيح في الكتابين ، فلامجال للتوقف فيها .

قال في المسالك : واعلم أن المرأة إنما يجوز لها التزويج مع حلفه إذا لم

تصدق الوكيل عليها ، والا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق ، لأنها باعترافها زوجة ، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالحال ، فلوامتنع من الطلاق لم يجبر عليه ، لانقضاء النكاح ظاهراً ، وحينئذ ففى تسلطها على الفسخ دفعاً للضرر ، أو تسلط الحاكم على الطلاق ، لأن له ولاية الاجبار على الممتنع أو بقائها كذلك حتى يطلق ، أو يموت أوجه ، انتهى والله سبحانه العالم .

الثالثة : لو ادعى الوكيل الاذن في البيع بشمن معين فأكر المالك الاذن في ذلك القدر ، فالمشهور وهو قول الشيخ في المبسوط أن القول قول الموكل يمينه ، لأنه كما أن القول قوله في أصل الوكالة فكذا في صفتها ، لأنها فعله ، وهو أعرف بحاله ومقاصده الصادرة عنه ، ولأن الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل ، وحينئذ فإذا حلف الموكل بطل البيع ، ووجب أن يستعاد العين ان كانت باقية ، ومثلها أو قيمتها ان تلفت .

وقيل : انه يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك ، صرح به الشيخ في النهاية ، وردّ بأنه ضعيف لا مستند له ، وحمله في المختلف على تعذر استعادة العين عن المشتري والقيمة ، وتكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك ، ولا يخلو عن بعد ، وحيث علم بطلان البيع بحلف الموكل على عدم ما ادعاه الوكيل ، فلا يخلو إما أن تكون العين باقية أو تالفة ، وعلى كل منهما فيما أن يصدق المشتري الوكيل في الوكالة وصحة البيع أم لا ، وعلى فرض التلف فيما أن يرجع الموكل على المشتري أو على الوكيل ، فهذه خمس صور :

الأولى : أن تكون العين باقية ، ولم يصدق المشتري الوكيل ، فان الموكل يسترجع العين من كل من كانت في يده ، ويرجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي دفعه اليه ان دفع اليه ذلك .

الثانية : الصورة بحالها ولكن صدّق المشتري الوكيل ، والحكم بالنسبة الى استرجاع العين كما تقدم ، وأما بالنسبة الى رجوع المشتري على الوكيل بالثمن ، فانه

بتصديقه للوكيل وحكمه بصحة البيع ، وأن الموكل ظالم بابطاله ، فانه انما يرجع على الوكيل بأقل الأمرين من الثمن الذي دفعه وقيمة المبيع ، لأن الثمن إن كان هو الأقل فليس في يد الوكيل من مال الموكل الذي هو ظالم للمشتري في أخذ العين بزعمه ، سواء فيأخذها قصاصاً ، لأن هذا الثمن بزعم الوكيل والمشتري انما هو مال الموكل كما عرفت ، وان كان الثمن المدفوع أكثر من القيمة فالمشتري ليس له أكثر من القيمة ، لأن حقه شرعاً بزعمه انما هي العين ، إلا أنه بأخذ الموكل لها وحيلولته بينه وبينها ، يرجع الى قيمتها ، فليس له شرعاً إلا القيمة خاصة ، وعلى هذا فالزائد من الثمن في يد الوكيل مجهول المالك ، لأن الوكيل ليس له شيء من ذلك ، والمشتري ليس له إلا قيمة ماله ، والموكل لا يدعيه .

الثالثة : تلف العين مع التصديق ، ولا خلاف في أن للموكل الرجوع بالقيمة مع التصديق على أيهما شاء ، أما المشتري فلتلف المال في يده ، وأما الوكيل فلعدوانه ظاهراً ، فيدهما يد ضمان إلا أنه متى رجع الموكل على المشتري بالقيمة مع تصديقه لم يرجع المشتري على الوكيل ، لتصديقه له في صحة البيع وزعمه أن المالك ظالم في رجوعه عليه فلا يرجع على غير ظالمه ، هذا مع عدم قبض الوكيل الثمن من المشتري .

وأما لو قبضه منه ، والحال أنه لا يستحقه ، والموكل لا يدعيه ، فانه يرجع به المشتري عليه ، لكن إذا كان المدفوع بقدر القيمة أو أقل ، فالرجوع به ظاهر ، وإلا رجع بمقدار ما غرمه للمالك من قيمة العين ، فلو كان المدفوع أزيد كان الزائد في يد الوكيل مجهول المالك ، لأن المشتري لتصديقه وصحة البيع عنده فحقه شرعاً إنما هو البيع الذي تلف عنده ، لكن لما أغرمه الموكل القيمة فالذي له إنما هو ما غرمه يرجع به على ما دفعه الى الوكيل ، فاذا كان الثمن الذي دفعه أولاً زائداً على القيمة ، وعلى ما أغرمه الموكل فذلك الزيادة لا يستحقها بوجه ، والوكيل لا يستحقها ، والمالك لا يطلبها ، لانكاره البيع . فتصير

مجهولة المالك ، إلا أنه يحتمل وجوب دفعها الى المالك ، لأنه بمقتضى زعمهما صحة البيع تكون مال المالك ، فيجب عليهما بمقتضى ما يزعمانه أن يدفعها له ، ويأتى هذا الاحتمال في زيادة الثمن في الصورة الثانية أيضاً .

الرابعة : الصورة بحالها مع عدم التصديق ، قالوا : يرجع على الوكيل بما غرمه أجمع لغروره ، ولو كان الثمن الذى دفعه الى الوكيل أزيد مما غرمه رجح به عليه لفساد البيع ظاهراً عنده .

الخامسة : رجوع الموكل على الوكيل مع التلف ، فانه في هذه الصورة يرجع الوكيل على المشتري بالأقل من ثمنه ، وما اغترمه ، لأنه ان كان الثمن هو الأقل فهو يزعم أن الموكل لا يستحق سواء ، وأنه ظالم يأخذ الزائد من القيمة فلا يرجع به على المشتري ، وان كانت القيمة التى اغترمها الأقل فانه لم يفرم سواها ، لكن يبغى الزائد مجهول المالك ظاهراً ، مثلاً ثمنه الذى باع به ثمانون درهماً ، والذى اغترمه للمالك مائة درهم ، فانه انما يرجع بالثمانين ، خاصة للعلّة المذكورة أو ان الثمن مائة درهم ، والذى اغترمه ثمانون درهماً ، فانه انما يرجع بما اغترمه .

بقي الكلام في هذه العشرين الزائدة ، فانها مجهولة المالك ، لأن الموكل لا يستحقها بزعمه ، وموافقة الظاهر له ، والوكيل قد خرج عن الوكالة بانكار الموكل ، فليس له قبضه ، وينتزع الحاكم الشرعي ، ويتوصل الى تحصيل مالكة ، هذا خلاصة كلامهم في المقام .

ولوقيل : بالتصدق بهذا الزائد المجهول في جميع هذه الصور عن صاحبه ، كما في المال المجهول الصاحب ، كان وجهاً لدخوله تحت عموم أخبار تلك المسئلة ، والله سبحانه العالم .

المسئلة الرابعة : قيل : اذا اشترى الوكيل لموكله كان البايع بالخيار ، ان شاء طالب الوكيل ، وان شاء طالب الموكل ، وعلل بأن الحق على الموكل ،

ج ٢٢ في القول بثبوت الخيار للبائع اذا اشترى الوكيل لموكله ١١٥

والعقد على الوكيل ، فيتخير في مطالبة أيهما شاء والظاهر ضعفه ، وقيل : باختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة ، والاختصاص بالوكيل مع الجهل بذلك وعلى أما مع الجهل ، فلان العقد وقع معه ، والتمن لازم له ظاهراً فله مطالبة وأما مع العلم بكونه وكيلاً فلأنه يكون نائباً عن غيره ، فلاحق له عنده ، بل عند الموكل ، وإلى هذا القول مال في الشرايع .

وأورد عليه بأن الحكم بمطالبة الموكل مع العلم ، والوكيل مع الجهل لا يتم على إطلاقه ، لأن التمن لو كان معيناً لم يكن له مطالبة غير من هو في يده ، وقيل : اذا اشترى الوكيل بتمن معين ، فان كان في يده طالبه البائع به والاطالب الموكل ، لأن الملك يقع له ، وان اشترى في الذمة ، فان كان الموكل قد سلم اليه ، ما يصرفه الى التمن ، طالبه البائع أيضاً ، وان لم يسلم فان أنكر البائع كونه وكيلاً أو قال لا أدري هل هو وكيل أم لا ، ولا يثبت طالبه وان اعترف بوكالته ، فالمطالب بالتتمن الموكل لا غير ، لوقوع الملك له ، والوكيل سفير بينهما ومعين للموكل ، فلا يفرم شيئاً ، والقول المذكور للتذكرة ، قال وهو أحد وجوه الشافعية .

والثاني : أن البائع مع تصديق الوكالة يطالب الوكيل لا غير ، لأن أحكام العقد يتعلق به ، والالتزام وجد منه .

والثالث : أنه يطالب من شاء منهما نظراً الى الظاهر والمعتمد الاول انتهى . أقول : وما اعتمده هو أقرب الأقوال ، إلا أنه لا يخلو من الخدش في بعض هذه الترددات ، والظاهر هو ما فصله في المسالك قال : والاولى أن يقال في المسئلة ان الحق اما أن يكون معيناً أو مطلقاً ، وعلى التقديرين فاما أن يسلم الى الوكيل أم لا ، وعلى التقادير فاما أن يكون البائع عالماً بوكالته أو غير عالم ، وحكمها أنه متى كان التتمن معيناً فالمطالب به من هو في يده ، سواء في ذلك الوكيل أو الموكل وان كان في الذمة ودفعه الموكل إلى الوكيل تخير البائع في مطالبة

أيهما شاء مع علمه بالوكالة ، اما الوكيل فلأن الثمن في يده ، وأما الموكل فان الشراء له ، ومادفع لا ينحصر في الثمن بعد ، وان لم يكن دفعه الى الوكيل ، فله مطالبة الوكيل مع جهله بكونه وكيلا ، وعدم البينة عليها ، والموكل مع علمه ، انتهى .

ومنه يعلم أن ما أطلقه في التذكرة من أنه متى كان في الذمة وقد سلمه الموكل الى الوكيل ، فانه يطالب الوكيل ليس كذلك ، بل الاظهر كما ذكره في المسالك هو التخيير مع العلم بالوكالة .

الخامسة : قالوا : اذا طالب الوكيل بحق موكله فأجابه من عليه الحق بأنك لا تستحق المطالبة لم يلتفت الى هذا الجواب ، لانه مكذب للبينة القائمة على الوكالة ، فان مقتضى البينة ثبوت الوكالة ، وقضية ثبوت الوكالة استحقاق المطالبة ، وأورد عليه بأن نفي استحقاق المطالبة لا يستلزم تكذيب البينة ، لانه يجوز ثبوت الوكالة ثم عزله عنها ، أو الإبراء من الحق المدعى ، أو الأداء الى الموكل أو وكيل آخر ، وفي جميع هذه الوجوه لا يستحق المطالبة وان ثبت كونه وكيلا ، ولهذا نقل عن القواعد أنه استشكل الحكم المذكور ، وأجيب عن هذا الاشكال بأن نفي الاستحقاق لما كان مشتركا بين ما يسمع وما لا يسمع لم يسمع الا بعد التحرير لأنه لا تعد دعوى شرعية الا بعد تحريرها ، ولو أجاب من عليه الحق بأن قال عزلك الموكل ، أو أن الموكل أبرأ من الحق لم يسمع ، الا أن يدعى العلم على الوكيل ، فله عليه اليمين بعدم العلم .

السادسة : لاختلاف بين المسلمين في قبول شهادة الوكيل على موكله ، لحصول الشرائط وانتفاء الموانع ، وكذا لاختلاف في قبولها له فيما لا ولاية له عليه مطلقاً ، وأما فيما له ولاية ووكالة فيه ، فتقبل عند الاصحاب فيه أيضاً إذا كانت الشهادة بعد العزل ، مالم يكن أقام الشهادة حين الوكالة ، فانه باقامتها حين الوكالة ترد للمتهم ، وكذا ترد فيما لو لم يكن عزله بعد شرعه في المنازعة والمخاصمة .

قال في التذكرة : تقبل شهادة الوكيل مع الشرائط على موكله مطلقاً ، وتقبل لموكله في غير ما هو وكيل فيه ، كما لو وكله في بيع دار فشهد له بعد ، ولو شهد فيما هو وكيل فيه ، فإن كان ذلك قبل العزل لم تقبل ، لأنه متهم حيث يجر إلى نفسه نفعاً ، وهو ثبوت ولاية التصرف لنفسه ، وإن كان بعد العزل ، فإن كان قد خاصم الغريم فيه حال وكالته لم تقبل منه أيضاً ، لأنه متهم أيضاً ، حيث يريد تمشية قوله ، وإظهار الصدق فيما ادعاه أولاً وإن لم يخاصم سمعت شهادته عندنا ، انتهى .

أقول : لا يخفى ما في هذه التعليقات من الاشكال في ابتناء الأحكام الشرعية عليها ، بعد ثبوت العدالة في الشاهد ، ثم أنه أي نفع هنا في ثبوت ولاية التصرف له ، بل ربما كان الضرر أظهر باشتغاله بذلك عن القيام بأموره ، ونظم معاشه ومعاذه ونحو ذلك .

وإلى ما ذكرناه يميل كلام المحقق الأردبيلي حيث قال : وأما وجه عدم علي أحدهما فهو التهمة ، ووجه عدم القبول حين الوكالة فيما وكل فيه جر النفع وفيهما تأمل ، إذ قد لا يكون جر نفع ، ولا نسلم كون مطلق الولاية والوكالة نفعاً ، بل قد يكون مضراً ، وكذا التهمة وكون مثلها مانعاً - من قبول الشاهد المقبول - يحتاج إلى الدليل ، بعد الدليل على قيام شهادة العدل المتصف بالشرائط سوى هذا المتنازع ، فتأمل انتهى وهو جيد .

السابعة : قالوا : لو وكله في قبض دين من غريم له ، فأقر الوكيل بالقبض ، وصدقه الغريم ، وأنكر الموكل فالقول قول الموكل ، وتردد فيه في الشرايع . وقال في التذكرة إذا وكل وكيلاً باستيفاء دين له على إنسان ، فقال : قد استوفيته فأنكر الموكل نظر ، فإن قال : قد استوفيته وهو عندي فخذ فعليه أخذه ، ولا معنى لهذا الاختلاف ، وإن قال : استوفيته وتلف في يدي فالقول قوله مع يمينه على نفي العلم باستيفاء الوكيل ، لأصالة بقاء الحق ، فلا يقبل قول

الوكيل والمديون الا بيينة ، لأن قولهما على خلاف الأصل ، انتهى .

أما لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض وصدقه المشتري وأنكر الموكل فالقول قول الوكيل .

قالوا : والفرق بين الصورتين أن الدعوى في الصورة الثانية على الوكيل من حيث سلم المبيع ولم يقبض الثمن ، بناء على زعم الموكل ، وهو موجب للضمان ، لأنه نوع خيانة كما تقدم ذكره في آخر المسئلة الأولى من هذا المطلب ، وفي الصورة الأولى الدعوى على الغريم ، والأصل بقاء ماله عليه ، وتنظر في الفرق المذكور في الشرايع .

أقول : والظاهر من النصوص الدالة على قبول قول الأمين هو تقديم قول الوكيل في الصورتين المذكورتين ، لاشتراكهما في كون محل النزاع هو تصرف الوكيل ، وقد عرفت فيما تقدم أن قوله مقبول في ذلك ، والظاهر أنه من أجل ذلك تردد المحقق في الصورة الأولى حيث حكموا فيها بتقديم قول الموكل ، وتنظر في الفرق المذكور في الثانية ، وبالجمله فالظاهر هو تقديم قول الوكيل في الموضعين .

قال في التذكرة : لو وكله في البيع وقبض الثمن أو البيع مطلقا ، وقلنا أن الوكيل يملك بالوكالة في البيع ، قبض الثمن واتفقا على البيع ، واختلفا في قبض الثمن ، فقال الوكيل قبضته وتلف في يدي ، وأنكر الموكل ، أو قال الوكيل : قبضته ودفعته إليك ، وأنكر الموكل القبض ، فالأقوى عدم قبول قول الوكيل في ذلك ، وللشافعية في ذلك طريقتان : أحدهما أنه على خلاف المذكور في البيع وسائر التصرفات وأظهرهما عندهم أن هذا الاختلاف إن كان قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل ، لما في المسئلة السابقة ، وإن كان بعد تسليمه فوجهان : أحدهما أن الجواب كذلك ، لأن الأصل بقاء حقه ، وأصحهما أن القول قول الوكيل ، لأن الموكل ينسبه إلى الخيانة بالتسليم قبل قبض الثمن ، ويلزمه الضمان والوكيل ينكره فأشبه ما إذا قال الموكل ، طاببتك برد المال الذي دفعته إليك ،

أو بضمن المبيع الذي قبضته ، فامتنعت مقصراً إلى أن تلف ، وقال الوكيل لم تطالبني بذلك ، ولم أكن مقصراً ، فان القول قوله ، انتهى .

أقول : قوله فالأقوى عدم قبول قول الوكيل في ذلك في نسختين عندي من نسخ الكتاب ، وهو خلاف ما صرح به الأصحاب من أن القول هنا قول الوكيل ، كما عرفت من كلامهم في الفرق بين الصورتين المتقدمتين ، ولم أقف أيضاً على من نقل الخلاف عن التذكرة في ذلك ، فليتأمل في ذلك ، والأصحاب إنما حكموا بتقديم قول الوكيل هنا بناء على كون الدعوى بعد تسليم العين إلى المشتري ، بالتقريب الذي نقله هنا عن أصح قولي الشافعية .

وأما لو كانت الدعوى قبل تسليم العين بل هي باقية في يد الوكيل فان القول عندهم قول الموكل لما ذكره ، وما تقدم في المسئلة الأولى ، وإن كان الحكم في ذلك عندي هنا لا يخلو عن اشكال بالنظر إلى ظواهر الاخبار الدالة على قبول قول الأمين مطلقاً والوكيل أمين كما عرفت ، فلامعنى لترجيح قول الموكل بأصالة عدم القبض ونحو ذلك ، لأن مقتضى العمل بالاخبار المذكورة تخصيص هذا الاصل والخروج عنه ، فان الاصل العدم في كل ما يدعيه الأمين ، فلامعنى للعمل بها في موضع واطراحها في آخر بل الواجب العمل بها في الجميع ، إلا أن العذر لهم انهم إنما استندوا في قبول قوله إلى الاجماع ، والدليل العقلي الذي تقدم نقله عنهم ، ولم يذكرنا الاخبار أو لم يطلعوا عليها بالكلية ، والاجماع لا يقوم حجة في موضع النزاع والخلاف .

بقي الكلام هنا في مواضع - الاول : قال في التذكرة على أثر الكلام المتقدم : وهذا التفصيل فيما إذا أذن في المبيع مطلقاً أو حالاً فان أذن في التسليم قبل قبض الثمن ، أو أذن في البيع بضمن مؤجل ، وفي القبض بعد الأجل ، فههنا لا يكون خائناً بالتسليم قبل القبض ، والاختلاف كالاختلاف قبل التسليم ، انتهى .

أقول : مراده أن تقديم قول الوكيل إنما هو في موضع يستلزم نسبته إلى

الغياصة ، والحال أنه أمين ، فيقدم قوله ، والموضع الذي يستلزم ذلك هو كل موضع يتوقف التسليم فيه على القبض ، أما لو لم يكن كذلك بأن يأذن له في التسليم قبل قبض الثمن ، أو أذن له في البيع بثمن مؤجل ، والقبض بعد الأجل ، فإن مرجع الاختلاف بينهما في هذه الحال إلى صورة الاختلاف قبل تسليم المبيع ، بمعنى أن القول قول الموكل ، وفيه ما تقدمت الإشارة إليه من أن مرجع ذلك إلى دعوى الوكيل التصرف بقبض الثمن والتلف ، وقد عرفت أن قوله مقدم فيها ، إلا أنه يمكن أن يقال أيضاً : إن دعوى التلف الذي يقبل قوله فيه إنما هو بعد القبض ، والحال أنه منتف هنا كما هو المفروض ، وبالجمله فالحكم هنا لا يخلو عن شوب الاشكال .

الثاني : إذا قلنا أن القول قول الوكيل في قبض الثمن من المشتري ، فحلف الوكيل على قوله ، فهل يحكم ببراءة ذمة المشتري أم لا ؟ وجهان : قوى أولهما في التذكرة واستظهره في المسالك ، وعلل بأن الحق واحد ، فإذا قبل قول الوكيل في قبضه ، فكيف يتوجه إيجابه على المشتري .

وثانيهما أنه لا يبرئ ذمة المشتري لاصالة عدم الاداء ، وإنما قبلنا من الوكيل في حقه لا يمتانه إياه ، بمعنى أن قبول قول الوكيل في قبضه إنما هو من حيث كونه أميناً يقبل قوله ، وهذا المعنى مفقود في المشتري ، إذ لا يقبل قوله في ذلك لو كان النزاع معه ابتداء ، واستحسن هذا الوجه في التذكرة أيضاً ، والوجهان المذكوران للشافعية كما نقله في التذكرة ، والتعليلات المذكورة لهم .

الثالث - إذا حلف الوكيل وقلنا ببراءة المشتري بذلك ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً ، فإن رده على الموكل وغرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل ، لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً ، وإن رده على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل ، والقول قول الموكل يمينه في أنه لم يأخذ منه شيئاً ، ولا يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه يمينه أن تثبت بها حقاً على غيره ولو خرج

المبيع مستحقاً رجع المشتري بالثمن على الوكيل ، لأنه دفعه إليه ، ولارجوع له على الموكل لما مر ، كذا ذكره في التذكرة ، والظاهر أنه أشار بقوله لما مر إلى ما قدمه من أن القول قول الموكل يمينه في أنه لم يأخذ من الوكيل شيئاً .

و كيف كان فظاهر كلامه هنا هو الفرق بين صورة ظهور العيب ، وصورة خروج كونه مستحقاً ، وأنه في الصورة الثانية إنما يرجع على الوكيل خاصة ، ولارجوع له على الموكل ، وأما في الصورة الأولى فإن له الرجوع على كل منهما كما ذكره في رجوع كل منهما على الآخر ما عرفت .

والمفهوم من كلام الأصحاب هو الخلاف في هذه الصورة أعنى الأولى ، فمن الشيخ وبه صرح جمع منهم ، بل الظاهر أنه الأشهر هو أنه يرجع المشتري على الوكيل خاصة ، دون الموكل ، وعلل بأنه لم يثبت وصول الثمن إلى الموكل ، واختار في الشرايع الرجوع على الموكل ، قال بعد نقل القول الأول : ولوقيل يرد المبيع على الموكل كان أشبه ، وهو مؤذن بأنه لا قائل بذلك قبله واختار ذلك في المسالك أيضاً ، قال : والأقوى ما اختاره المصنف ، لأن الملك له ، والوكيل نائب عنه ، والبايع في الحقيقة هو الموكل ، ووصول الثمن إليه ، وعدمه لا مدخل له في هذا الحكم أصلاً ، بل لا يجوز رده على الوكيل ، لأنه ينزل بالبيع إن لم يكن وكيلاً في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب ، وكيف كان فقول الشيخ ضعيف ، وكذا تعليقه ، انتهى والله سبحانه العالم بحقايق أحكامه ونوابه القائمون بمعامل حاله وحرامه ، والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

كتاب الوقوف والصدقات وما يتبعها من الحبس والسكنى والهبات

وتفصيل البحث في هذه المذكرات يقع في مقاصد أربعة :

المقصد الاول في الوقف :

وهو ثابت بالنص والاجماع ، وستأتى النصوص بذلك في محلها ، وقد ورد
الترغيب فيه وفي جملة من الأخبار وان عبر فيها بلفظ الصدقة ، فان هذا الاطلاق
كان شائعاً في الصدر الأول كما دلت عليه جملة من الأخبار .

ومن الأخبار المشار اليها ما رواه في الكافي والتهذيب عن هشام بن سالم (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال صدقة أجراها في حياته ، فهي تجري بعد موته ، وسنة هدى سنتها ، فهي يعمل بها بعد موته ، أو ولد صالح يدعو له » .

وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال ، صدقة أجراها في حياته ، فهي تجري بعد موته ، وصدقة مبتولة لا تورث ، أو سنة هدى فهي يعمل بها بعده ، أو ولد صالح يدعو له » .

وعن معاوية بن عمار (٣) في الصحيح « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما يلحق الرجل بعد موته ؟ قال : سنة يسنها يعمل بها بعد موته ، فيكون له مثل أجر من عمل بها من غير أن ينتقص من أجورهم شيء ، والصدقة الجارية تجري من بعده والولد الطيب يدعو لوالديه بعد موتهما ، ويحج ويتصدق ويعتق عنهما ، ويصلي ويصوم عنهما ، فقلت : أشر كهما في حجي ؟ قال : نعم » .

وعن أبي كهمس (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ستة تلحق المؤمن بعد وفاته ولديستغفر له ، ومصحف يخلفه ، وغرس يفرسه ، وقليب يحفره ، وصدقة يجريها ، وسنة يؤخذ بها من بعده » .

وعن اسحق بن عمار (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام يتبع الرجل بعد موته ثلاث خصال ، صدقة أجريها في حياته ، فهي تجري له بعد وفاته ، وسنة هدى سنتها ، فهي يعمل بها بعد موته ، وولد صالح يدعو له » .

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٦ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٩٢ ح ١ .

(٢) والكافي ج ٧ ص ٥٦ و ص ٥٧ ح ٢ و ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٢

ح ٢ و ص ٢٩٣ ح ٤ .

(٤) والكافي ج ٧ ص ٥٧ و ص ٥٦ ح ٥ و ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٣

ح ٥ و ٣ .

قال في المسالك : قال العلماء الصدقة الجارية الوقف ، وهو تعريف ببعض الخواص ، وكيف كان فاللفظ الصريح في عقده وقفت ، لأنه الموضوع له لغة وشرعاً وقد صرح جملة من الأصحاب بأن أوقفت بالهمزة لغة شاذة فيه ، قال في المسالك والظاهر أن الصيغة بها صحيحة ، وإن كانت غير فصيحة ، وأما غير هذا اللفظ من الالفاظ مثل حبست ، وسبلت فقول : أنه يصير وفقاً من غير توقف على القرينة ، للحديث النبوي (صلى الله عليه وآله وسلم) المتقدم . وقيل : لا يكون الامع القرينة . وأما أبدت وحرمت وتصدقت فلا يحمل على ذلك الامع القرينة ، كقيد التأييد ، ونفي البيع ، والهبة والارث ونحوها .

والوجه في ذلك أن الوقف لما كان من العقود الناقلة للملك على وجه اللزوم ، اقتصر الى اللفظ الصريح الدال على ذلك ، وهذه الالفاظ لما كانت مشتركة بين هذا المعنى وغيره ، ولم تكن صريحة فيه امتنع الحكم بدلالاتها على ذلك ، فانه يصح اطلاقها على التملك المحض واخراج الزكاة والصدقات المطلقة ، والهبات ونحوها ، فلا بد في الحكم بالوقف فيها من ضم قرينة تدل على ارادة ذلك ، كقوله صدقة موقوفة ، أو دائمة أو مؤبدة وأن لا تباع ، ولا توهب ، ونحو ذلك .

وقد ظهر مما ذكرناه أن الالفاظ المعبر بها في عقد الوقف منها ما هو صريح فيه ، لا يتوقف على قرينة اجماعاً ، وهو لفظ وقفت .

ومنها ما هو متوقف على القرينة اجماعاً كحرمت وتصدقت وأبدت .

ومنها ما هو مختلف فيه كحبست وسبلت ، فذهب جمع منهم العلامة في التذكرة والقواعد إلى أنهما صريحان ، كوقفت ، ومثلهما احبست بزيادة الهمزة بغير اشكال ، نظراً إلى الاستعمال العربي لهما فيه مجريدين ، كما ورد في الخبر النبوي (صلى الله عليه وآله وسلم) المتقدم فانه أطلق عليه تحبيس الأصل ، ورد بأن مجرد الاستعمال أعم من المطلوب ، والظاهر وجود القرينة في هذا الاستعمال ومعها لا اشكال فيه .

والمراد بالصدقة الجارية في هذه الأخبار هي الوقف كما أشار اليه الشهيد في الدروس ، وقال ابن فهد في موجزه : قال العلماء : المراد بالصدقة الجارية الوقف فان قيل : المعدود في الحديث الثاني أربع خصال ، مع أنه صرح في صدر الخبر بأنها ثلاث خصال ، قلنا : المعدود فيه إنما هو ثلاث ، ولكنه قسم الصدقة التي هي إحدى الثلاث إلى قسمين ، صدقة أجريها في حياته ، فهي تجري بعد موته ، وهي الوقف كما ذكرناه ، وصدقة مبتولة لا تورث ، ولعلّه مثل بناء المساجد والرباطات وحفر الآبار ، وبناء القناطر ، ونحو ذلك ، ولعل المراد بكونها مبتولة كونها مراداً بها وجه الله عز وجل والتقرب إليه .

وذكر الشيخ في المبسوط أن أوقاف الجاهلية كانت أربعة ، السائبة والبحيرة والوصيلة والحام ، ثم بيّن معانيها إلى أن قال : وجاء الشرع بإبطالها ، قال الله تعالى (١) « ما جعل الله من بحيره ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ، ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب ، الآية .

والبحث في هذا المقصد يقع في مطالب : الأول - في العقد وما يلحق به ، والكلام فيه يقع في موضعين : الأول - قالوا : الوقف تحبیس الأصل وتسبیل المنفعة قيل : وهذا التعريف تبعاً للحديث النبوي (٢) « عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) قال : حبس الأصل وسبّل الثمرة » والمراد بتحبيس الأصل المنع من التصرف فيه ، كالنصرف في الأملاك بالبيع والهبة ، والصدقة ونحوها ، بحيث يكون نافلاً للملك ، وتسبيل الثمرة إباحتها للموقوف عليه ، بحيث يتصرف فيها كتصرفه في أملاكه .

وجملة من الأصحاب عبّروا بإطلاق المنفعة عوض لفظ التسبيل ، وهو أظهر في مقابلة التحبيس ، وعرفه في الدروس بأنه الصدقة الجارية ، قال : وثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة ، قيل هذا التعريف تبعاً لما ورد في الأخبار المتقدمة .

(١) سورة المائدة - الآية ١٠٣ .

(٢) المستدرک ج ٢ ص ١١١ الباب ٢ ح ١ .

وذهب جمع ومنهم المحقق والعلامة في غير الكتابين المذكورين إلى افتقارهما إلى القرينة ، لا اشتراكهما في الاستعمال بينه وبين غيره ، والمشتراك لا يدل على شيء من الخصوصيات من حيث هو ، ولا صلة بقاء الملك إلى أن يحصل الناقل الشرعي ، وهو غير معلوم .

وأما أقوال المتقدمين من الأصحاب في المقام فمنها قول الشيخ في الخلاف ، قال : إذا تلفظ بالوقف فقال : وقفت أو حبست أو تصدقت ، أو سبلت وقبض الموقوف عليه أو من يتولى عنه لزم الوقف .

وهذا الكلام كما ترى يعطي صحة الوقف بأي هذه الألفاظ من غير توقف على قرينة ، مع أنه قد ادعى الإجماع على الاختصاص بلفظ الوقف ، والإجماع على العدم مع عدم القرينة في لفظ تصدقت وحرمت ، كما قدمنا ذكره ، وقال في الخلاف أيضاً : الفاظ الوقف التي يحكم بصريحتها قوله ، وقفت وحبست وسبلت وماعداها يعلم بدليل ، وباقراره أنه أراد به الوقف ، وذلك كقوله تصدقت وحرمت وأبدت وبذلك قال ابن زهرة ، وقطب الدين الكيدري .

وقال في المبسوط : الذي يقوى في نفسي أن صريح الوقف قوله واحد ، وهو وقفت لا غير ، وبه يحكم بالوقف فأما غيره من الألفاظ فلا يحكم به إلا بدليل ، وهو قول ابن إدريس قال : لأن الإجماع منعقد على أن ذلك الصريح في الوقف ، وليس كذلك ماعداه .

قال في المختار بعد نقل هذه الأقوال : والأوجه ما قاله الشيخ في المبسوط ، لنا صلة بقاء الملك على صاحبه ، وعدم خروجه عنه إلا بوجه شرعي ولا عرف شرعي هنا سوى صريح الوقف ، لا اشتراك البواقي بينه وبين غيره ، والموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على شيء من الخصوصيات بشيء من الدلالات نعم إذا انضم القرائن صار كالصريح في صحة الوقف به .

بقي الكلام هنا في أمور : الأول : لو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينة

وقع الوقف باطناً ، ودين بنيته ، ولو اعترف بذلك أخذ باعتباره ، كما أنه لو لم ينو بالصريح الوقف لم يكن وقفاً باطناً ، وإن حكم به بظاهر اللفظ ، لأن المدار في الصحة واقعاً إنما هو على القصد والنيات .

والفرق بين الصريح وغيره مع اشتراكهما في اعتبار القصد والنية أن الصريح يحمل عليه ظاهراً ، قصد أو لم يقصد ، بخلاف غيره ، فإنه لا يحكم عليه إلا مع القرينة ، أو الاعتراف بقصد الوقف ونيته ، وهو معنى كونه يدان بنيته .

الثاني : نقل عن العلامة في التذكرة الفرق بين إضافة لفظ الصدقة إلى جهة عامة كقوله تصدقت بهذا على المساكين ، وإضافته إلى جهة خاصة ، كقوله لمعين تصدقت به عليك أو عليكم فجعل الأول ملحقاً بالصريح ، فيكون وقفاً بخلاف الثاني ، فإنه يرجع فيه إلى نيته كما أطلقه غيره ، ورد بأن الفرق غير واضح .

الثالث : ظاهر عبارات أكثر الأصحاب وهو صريح العلامة في التذكرة والقواعد أن كل واحد من الألفاظ الثلاثة التي هي غير صريحة في الوقف إجماعاً يقع الوقف بكل منها مع نيته ، أو انضمام غيره إليه ، وقال الشهيد في الدروس : إن ظاهر الأصحاب يدل على أن تصدقت وحرمت صيغة واحدة ، فلا تنفي الثانية عن الأول ، وتنفي الأولى مع القرينة ، قال في المسالك : وما ادعاه من الظاهرية غير ظاهر .

الرابع : لا يخفى على من له أنس بالأخبار ومن جاس خلال تلك الديار أن الوقف في الصدر الأول أعنى زمن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) وزمن الأئمة عليهم السلام إنما يعبر عنه بالصدقة ، لكن هذا التعبير مخفوف بقرائن عديدة ، وألفاظ كثيرة تدل على إرادة الوقف ، ومن ذلك الأخبار المتقدمة في صدر المقصد المعبر في بعضها بصدقة جارية ، وفي آخر لا تورث ، والمراد بالجارية المستمرة بعده ، وهو كناية عن التأيد .

ومن ذلك خبر صدقة علي عليه السلام (١) بداره التي في بنى زريق ، قال : هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب عليه السلام وهو حي - سوي تصدق بداره التي في بنى زريق صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها الله تعالى الذي يرث السموات والأرض ، وأسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبهن ، فان انقرضوا فهي لذوى الحاجة من المسلمين .

وأخبار صدقة فاطمة عليها السلام (٢) وأنها جعلتها لبنى هاشم ، وبني عبدالمطلب . وصدقة أمير المؤمنين (٣) عليه السلام لما جائته البشير بالعين التي خرجت في ينبع فقال : عليه السلام بشر ، الوارث هي صدقة بتة بتلاً في حجيج بيت الله وعابري سبيل الله ، لاتباع ولاتوهب ، ولاتورث ، وصدقة الكاظم عليه السلام (٤) بأرض له ، وفيها تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه وهو صحيح صدقة حبساً بتلاً بتاً لامشوبة فيها ولارد أبداً ابتغاء وجه الله عز وجل والدار الآخرة ، لايحل لمؤمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعها أو شيئاً منها ، ولا يهبها ولا ينحلها ، الحديث .

الى غير ذلك من الأخبار ، وبذلك علم اشتراك هذا اللفظ بين الوقف وبين الصدقة بالمعنى الآتى في المقصد الثاني .

وأما اللفظان الآخران فالاشتراك فيهما من حيث مفهوم اللفظ ، فانه أعم من الوقف وغيره ولم أقف في شيء من الأخبار لغير هذين اللفظين أعنى لفظي الوقف والصدقة على أثر ، فالأحوط أن يجعل العقد أحدهما خاصة ، وان صح بغيرهما من الكنايات المحفوفة بالقرائن بناء على المشهور ، الا أنه لا يبعد الانحصار في هذين اللفظين وقوفاً على ما خالف الاصل على مورد النص بمعنى أن الأصل بقاء الملك لمالكه والذي ورد من الصيغة المنخرجة منحصر في هذين اللفظين وليس

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣١ ح ٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٣ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٣٠٤ ح ٤ .

(٢) والكافي ج ٧ ص ٤٨ و ص ٥٤ ح ٤ و ٩ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٨

ح ٥٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٤ ح ٨ و ص ٣٠٣ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

الحكم هنا كسائر العقود المبينة على مجرد الرضا ، فكل لفظ دل عليه كفى في المراد وحصل به النقل ، ولهذا ان روايات سائر العقود غاية ما تدل عليه ، هو الانعقاد بمجرد الألفاظ الجارية في مقام المحاوراة بين المتعاضدين دالة على الرضا ، وفيما نحن فيه انما دلت على هذين اللفظين خاصة ، إلا أنه ربما انقح الاشكال هنا من وجه آخر ، وهو انهم قد صرحوا باستعمال لفظ الوقف في مجرد الحبس الذي هو معناه لغة ، ويرجع الى ما يأتي من السكنى والعمرى والرقبى ، وعليه دلت الأخبار أيضا كما سيأتى انشاء الله ، وبه ينقح الاشكال فيما ادعوه من أن لفظ الوقف صريح في هذا المعنى المدعى الذي هو مشروط بالتأيد ، وكيف يكون صريحا فيه مع استعماله نصا وفتوى فيما قلناه .

وكيف كان فالاحوط هو ضم القرائن الدالة على الوقف المدعى ، سواء وقع التعبير بلفظ الوقف أو الصدقة ، والاقتصار على هذين اللفظين من حيث ورود النصوص بهما والله العالم .

الموضع الثاني: اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في اشتراط القبول في الوقف بعد الاتفاق على الايجاب فظاهرا لاكثر حيث ذكرنا الايجاب ولم يتعرضوا لذكر القبول هو عدم اشتراطه مطلقا ، وهو أحد الأقوال في المسئلة ، وعلل بأن الأصل عدم الاشتراط ، ويؤيده أنه ليس في النصوص ما يدل عليه ، ولأن الوقف كالإباحة ، خصوصا إذا قلنا أن الملك فيه ينتقل الى الله عز وجل ، ولأنه فك ملك فيكفى فيه الايجاب كالعتق ، واستحقاق الموقوف عليه النفقة كاستحقاق العتق منافع نفسه .

وقيل ، باعتباره مطلقا ، ونقل عن التذكرة ، لاطباقهم على أنه عقد ، فيعتبر فيه الايجاب والقبول كسائر العقود ، ولأن ادخاله في ملك الغير بغير رضاه بعيد ، ولأصالة بقاء الملك على مالكه بدونه .

وقيل : بالتفصيل وهو اعتباره ان كان على جهة خاصة ، كشخص معين ،

أو جماعة معينين ، لما تقدم في سابق هذا القول ، ولا مكان القبول ، وإن كان على جهة عامة كالفقراء والمساجد ونحوهما لم يعتبر ، لأنه حينئذ فك ملك ، ولأن الملك فيه ينتقل إلى الله عز وجل ، بخلاف الأول ، فإنه ينتقل فيه إلى الموقوف عليه .

أقول : وإلى هذا القول ذهب الشهيد في الدروس ، ويظهر من المحقق في الشرايع والشارح في المسالك الميل إليه ، وأنت خير بأن الذي يظهر لي من تتبع الأخبار هو القول الأول لخلوها من ذكر ذلك في الوقوف الخاصة والعامة .

وقد تقدم صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام داره التي في بنى زريق على خالاته ، والخبر مروي في الفقيه في الصحيح عن ربعي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بنى زريق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب عليه السلام الحديث « كما تقدم .

والتقريب فيه أنه لو كان القبول شرطاً لنقله عليه السلام في حكاية الصدقة المذكورة ، لأنه ليس الغرض من حكاية ذلك الا بيان الأحكام في المقام ، وظاهره لزوم الوقف وصحته بهذا اللفظ الذي كتبه عليه السلام في ذلك ، واثبات شيء يزيد على ذلك يتوقف على الدليل ، وأصالة العدم أقوى مستمسك ، في المقام .

ونحو هذا الخبر ما رواه الشيخ في التهذيب عن عجلان أبي صالح (٢) قال : أُملى عليّ أبو عبد الله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوي بداره التي في بنى فلان بحدودها صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث حتى يرثها وارث السموات والأرض وأنه قد أسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه فإذا انقرضوا فهي على ذى الحاجة من المسلمين .

ومن الظاهر أن ما ذكره عليه السلام إنما هو تعليم للنائل كيفية الوقف المترتبة

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٠٤ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣١ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٣ ح ٣ .

عليه أحكامه ، ولو كان القبول من شروط الصحة فيه كما ادعوه لذكره عليه السلام .
ومن ذلك أيضاً حديث صدقة الكاظم عليه السلام (١) بأرض له على أولاده المروى
في الكافي ، وفيه هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليه السلام بأرض بمكان كذا وكذا
وحد الأرض كذا وكذا كلها ونخلها وأرضها وبياضها ومائها وأرجائها وحقوقها
وشربها من الماء إلى أن قال : تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه
الرجال والنساء ، ثم ذكر قسمة الغلة بعد عمارة الأرض وما يحتاج إليه عليهم
للدكر مثل حظ الأنثيين ، وذكر شروطاً في البنات إلى أن قال : صدقة حبساً
بتلاّب تأمشوبة فيها ، ولارد أبدأ ابتغاء وجه الله تعالى سبحانه والدار الآخرة ،
لا يحل لمؤمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعها ولا شيئاً منها ، ولا يهبها ولا ينحلها
ولا يغير شيئاً منها مما وصفته حتى يرث الله الأرض ومن عليها : ثم ذكر الناظر في
الوقت من أولاده على ترتيب ذكره عليه السلام ولم يتعرض فيها لذكر القبول ، فلو أنه
شرط في الصحة كما ادعوه لأخبر بأنهم قد قبلوا ذلك ، وهذا الكتاب حجة على
منكر الوقف من أولاده ، ولو كان القبول شرطاً في الوقف والحال أنه لم يذكره
في الكتاب لكان للمنازع أن يبطل الوقف لهذه الدعوى فلا يكون كتابه عليه السلام حجة
في ذلك ، وهذا خلف ، وهذه جملة من أخبار الوقوف الخاصة .

ومن الأخبار في الوقوف العامة خبر وقف أمير المؤمنين عليه السلام العين التي في
ينبع ، والخبر مروى في التهذيب عن أيوب بن عطية الحذاء (٢) قال : سمعت
أبا عبد الله عليه السلام يقول : قسم نبي الله الفيء فأصاب علياً عليه السلام أرض فاحتفر فيها
عيناً فخرج ماء ينبع في السماء كهيئة عنق البعير فسموها ينبع فجاء البشير يبشره
فقال : عليه السلام بشر الوارث هي صدقة الحديث كما تقدم ومعلومية عدم الاشتراط
فيه أظهر .

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٨ ح ٥٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٣ ح ٢ .

وبالجملة فانه لا أثر لهذا الشرط في الأخبار ، ولادليل بالكلية غير هذه الوجوه الاعتبارية ، وأصالة العدم أقوى دليل ، والله الهادي الى سواء السبيل ، قال في المسالك بعد الكلام في ذلك : وحيث يعتبر القبول مطلقا أو على بعض الوجوه يعتبر فيه ما يعتبر في غيره من العقود اللازمة من اللفظ العربي المطابق للأيجاب المتعقب له بغير فصل يعتد به ، الى غير ذلك من الشروط ، ويتولاه في المصالح العامة على القول باعتباره الناظر عليها كالحاكم ومنصوبه كما يتولى غيره من المصالح ، وعلى القولين لا يعتبر قبول البطن الثاني ولارضاء ، لتعمامية الوقف قبله فلا ينقطع ، ولأن قبوله لا يتصل بالأيجاب ، فلوا اعتبر لم يقع له كغيره من العقود اللازمة ، انتهى .

وأنت خير بما في أكثر هذا الكلام ، وإن جمعد عليه جملة ممن تأخر عنه من الأعلام ، فانه نفخ في غير ضرام كما تقدمت الإشارة اليه في غير مقام ، مضافاً الى ما عرفت من أنه لادليل هنا على هذا القبول ، وما ذكره من الاشتراطات المذكورة في العقود اللازمة كله محض دعاء لادليل عليها إلا مجرد أمور اعتبارية عللوا بها ، مع ردها بالأخبار الظاهرة في خلافها .

ثم إن قوله وعلى القولين لا يعتبر قبول البطن الثاني ولارضاء لتعمامية الوقف قبله لا يخلو من المناقشة ، فإن هذا إنما يتم لو قام الدليل على اشتراط الرضا في البطن الأول ، فيقال ، حينئذ إن شرط صحة الوقف قد حصل ، وانعقد الوقف ، والحكم ببطلانه بعد ذلك يحتاج الى دليل ، ولم يثبت إن عدم رضا البطن الثاني موجب للبطلان . أما على ما قلناه من أنه لادليل على القبول ، ولا على اعتبار الرضا في البطن الأول بل ظاهر الأدلة إنما هو الاعم كما سمعت من أوقاف الأئمة عليهم السلام فانه ليس فيها إشارة ، فضلاً عن صريح الدلالة باعتبار رضا الموقوف عليه ولا قبوله ، فانه يكون ذلك في البطن الثاني بطريق أولى ، واللازم لهم باعتبار اشتراطهم ذلك في البطن الأول بهذه التعليقات الاعتبارية ، هو كونه

كذلك في البطن الثاني ، اذ العلة مشتركة ، والتعليل بتمامية الوقف قبله معلوم فانه يمكن أن يقال : ان تمامية الوقف مراعاة برضا البطن الثاني والثالث وهكذا فان حصل استمرار الوقف ، والابطال ، والتعليل بأن قبوله لا يتصل بالاجاب أظهر بطلانا ، فانه انما يتم لو قام دليل على ما يدعونه من هذا الشرط ، وقد عرفت أنه لا دليل عليه ان لم تكن الأدلة واضحة في خلافه ، بل هي كذلك كما لا يخفى على من راجع أخبار العقود والله العالم .

المطلب الثاني في شرائط الوقف :

قالوا : وهي أربعة : الدوام والتنجز والاقباض واخراجه عن نفسه ، فهنا مسائل : الاولى : الظاهر من كلام الأكثر هو اشتراط الدوام في الوقف ، وقد تقدم في أخبار وقوف الأئمة عليهم السلام ما يدل عليه ، وظاهره في المسالك المناقشة في ذلك حيث ذكر أنه متنازع مشكوك فيه ، واقتفاء صاحب المفاتيح في ذلك فقال : ان اشتراط التأييد لا دليل عليه ، بل الأصل والعمومات تنفيه .

أقول : لا يخفى ان العقود الشرعية الموجبة لنقل الأملاك يجب الوقوف فيها على مرسومه صاحب الشريعة من الكيفية والشروط فعلاً أو أمراً بذلك ، والأوقاف التي صدرت منهم عليهم السلام كما قدمنا لك جملة منها ، قد اشتملت على التأييد ، لقولهم حتى يرثها الله الذي يرث السموات والارض ، وهو كناية عن دوامها الى يوم القيامة ، والخروج عنها بغير معارض سفسة ، وبه يظهر ما في تمسكه بالأصل والعموم ، فانه ناش عن الغفلة عن ملاحظة الأخبار المذكورة كما لا يخفى ، وحينئذ فلو قرنه بمدة معينة كسنة مثلاً أو وقف على من ينقرض غالباً فانه يبطل الوقف بغير خلاف .

وانما الخلاف هنا في مواضع ثلاثة : الاول - فيما لو قرنه بمدة معينة ، فانه هل يصح أن يكون حبساً فلا يبطل بالكلية أم لا ؟ قولان : وبالثاني منهما صرح المحقق في الشرايع ، لأن شرط الوقف الدوام ، فيبطل ، لعدم حصول الشرط ،

وبالاول صرح الشهيد في الدروس، واختاره في المسالك، قال: لوجود المقتضي وهو الصيغة الصالحة للمحبس، لاشتراك الوقف والمحبس في المعنى، فيمكن اقامة كل منهما مقام الآخر، فاذا قرن الوقف بعدم التأيد كان قرينة لارادة المحبس، كما لو قرن المحبس بالتأيد فانه يكون وفقاً كما مر، وهذا هو الاقوى، لكن انما يتم مع قصد المحبس، فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط، انتهى.

أقول: من الظاهر أنه يمكن ارجاع القول الاول الى ما ذكره من هذا التفصيل، فان تحليل القول المذكور بما تقدم من قوله ان الدوام شرط فيبطل الوقف بعدم الشرط، يشير الى ذلك، حيث أن غاية ما يعطيه هو بطلان الوقف لا بطلان المحبس، والا لاحتاج في بطلان المحبس الى أمر زائد على ما ذكر مع أنه غير مذكور في كلامه القول بالصحة، وكونه حبساً صرح ابن ادریس أيضاً فقال والوقف لا يصح إلا أن يكون مؤبداً على ما قدمناه، فلا يصح أن يكون مؤقتاً. فان جعله كذلك لم يصح الا أن يجعله سكنى أو عمرى أو رقبى على ما سنبينه عند المصير اليه.

والأظهر في الاستدلال على الصحة في الصورة هو ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الصحيح عن علي بن مهزيار (١) قال: قلت: روى بعض مواليك عن آبائك عليه السلام أن كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثة وكل وقف الى غير وقت معلوم جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك عليه السلام فكتب عليه السلام: هو عندي كذا.

والظاهر أن معنى الخبر المذكور هو أن الوقف اذا كان مقيداً بوقت معلوم كما هو محل البحث فهو صحيح واجب على الورثة انفاذه في تلك المدة، ويكون حبساً، وان لم يذكر له وقت، أو كان وقتاً مجهولاً كأن يقول: الى وقت ما، فانه يكون باطلاً.

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٢ ح ٨، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ٣، الكافي ج ٧

ص ٣٦ ح ٣١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ١.

والشيخ (رحمة الله عليه) في الكتابين حمل الوقت هنا على الموقوف عليه

دون المسدة .

استناداً الى صحيحة الصفار (١) قال : كتبت الى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو ؟ فقد روى أن الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة ، واذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى ، قال قوم : ان الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه ، فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها : وقال آخرون : هذا موقت اذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، والذي هو غير موقت أن يقول : هذا وقف ، ولم يذكر أحداً فما الذي يصح من ذلك ، وما الذي يبطل ؟ فوقع عليه الوقف بحسب ما يوقفها أهلها .

أقول : لا يخفى أن المتبادر من لفظ الوقت انما هو الزمان ومجرد تفسير هؤلاء المذكورين بالموقوف عليه مجازاً لا يقتضي تقييد ذلك الخبر بذلك ، بل يحمل كل منهما على ما دل عليه كما هو المقرر في كلام الأصحاب ومع تسليم التقييد ، فانه يكفى في الاستدلال على مانحن فيه بهذا الخبر اطلاق قوله عليه السلام « الوقف بحسب ما يوقفها أهلها » ويدل على أنه اذا وقفه مقيداً بمدة معينة كان صحيحاً في تلك المدة ، ويخرج من هذا الاطلاق ما قام الدليل على بطلانه كما لو وقف بغير مدة ، ولا ذكر الموقوف عليه ، ونحوه من الوقوف التي قام الدليل على بطلانها ، وفي هذين الخبرين دلالة على ما قدمنا ذكره من صحة اطلاق الوقف على التجبيس وبه يظهر أن ما قدمنا نقله عنهم من أن لفظ وقف صريح في الوقف المؤبد ليس في محله .

الثاني : لو وقف على من ينقرض غالباً ولم يذكر المصرف بعده ، كأن وقف على أولاده واقتصر على بطن أو بطون ، فهل يصح وقفاً أو حبساً أو يبطل ؟ أقوال

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٢ ح ٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٣

ج ٢٢ في نقل الأقوال الثلاثة في الوقف على من ينقرض غالباً ١٣٧

ثلاثة : وبالأول قال الشيخان ، وابن الجنيدي ، وسلا ، وابن البراج ، وابن ادريس على ما نقله في المختلف ، والظاهر أنه المشهور .

وبالثاني قال العلامة في القواعد والارشاد ، وبه قال ابن حمزة ، فانه قال على ما نقله في المختلف : فان علق على وجه يصح انقراضه كان عمري ، أو رقبتي أو سكتي أو حبساً بلفظ الوقف .

والثالث غير معلوم فائله ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف : اذا وقف على على من يصح انقراضه في العادة مثل أن يقف على ولده وولد ولده وسكت ، فمن أصحابنا من قال : لا يصح الوقف ، ومنهم من قال يصح .

أقول : والى القول بالصحة قال العلامة في المختلف ، واحتج عليه قال : لنا أنه نوع تمليك وصدقة ، فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره ، كغير صورة النزاع ، وللأصل ، ولأن تمليك الأخير ليس شرطاً في تمليك الاول ، والالزم تقدم المعلول على العلة .

ومارواه أبو بصير (١) د قال : قال أبو جعفر عليه السلام : ألا أحدثك بوصية فاطمة عليها السلام ؟ قلت : بلى فأخرج حقاً أو سقطاً فأخرج منه كتاباً فقرأه بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصت به فاطمة بنت محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) أوصت بحوائطها السبعة العواف والدلال والبرقة والميثب والحسنى والصفية وما لأم ابراهيم الى علي بن أبي طالب عليه السلام فان قضى علي فإلى الحسن فان مضى فإلى الحسين فان مضى الحسين فإلى الأكبر من ولدي شهد الله على ذلك ، والمقداد بن الأسود والزبير بن العوام ، وكتب علي بن أبي طالب عليه السلام .

ثم قال (قدس سره) : ويمكن أن يعترض على الحديث بأنها عليها السلام علمت عدم انقراض أولادها من النص على الأئمة عليهم السلام وأن الدنيا تقبض مع انقراضهم ، ومن

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٥٠ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٠ ح ١٣ ، الوسائل

قوله (١) (صلى الله عليه وآله) جبالان متصلان لن يفترقا حتى يردا عليّ الحوض كتاب الله وعترتي أهل بيتي ، ، قال (قدس سره) : احتج المانعون بأن الوقف مقتضاه التأييد ، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً عليّ مجهول ، فلم يصح كماله وقف عليّ مجهول في الابتداء .

والجواب المنع من الصغرى ، والفرق بينه وبين مجهول الابتداء ظاهر ، فان المصرف غير معلوم هناك ، وأما هنا فالمصرف معلوم ، انتهى .

وأنت خير بما فيه مما يكشف عن ضعف باطنه وخافيه فان لقائل أن يقول ان ما ذكره من انه نوع تمليك مردود بأنه لم يعقل في التمليك كونه موقتاً بمدة وكذا الصدقة وما ذكره من الأصل بمعنى أصالة الصحة متوقف على اجتماع شرائط الصحة ، وهو عين المتنازع ، لان الخصم يجعل من تلك الشرائط التأييد ، فالاستدلال بذلك لا يخرج عن المصادرة ، وهكذا ما ذكره غيره من الاستناد الى الأمر بالفداء بالعقود ، فانه موقوف على تحقق العقد ، ومع عدم جمعه الشرائط لا يصير عقداً يمكن الاستدلال به ، فهو لا يخرج عن محل النزاع .

وأما قوله ولأن تملك الأخير ليس شرطاً ففيه أننا لا ندعي كونه شرطاً وإنما الشرط بيان المصرف الأخير ليتحقق معنى الوقف ، وهو هنا غير حاصل ، فلا يتم صحة الوقف .

وأما الخبر الذي أورده ففيه أولاً أنه لم يصرح فيه بالوقف ، وإنما هو وصيته والظاهر أن المراد انما هو الوصية بالولاية على الوقف ، لما دل عليه غيره من أن صدقتها كانت لبنى هاشم ، وبني المطلب ، وسيأتي الخبر المذكور انشاء الله تعالى ، فهو خارج عن محل البحث .

وثانياً أنه مع تسليم ارادة الوقف من هذا اللفظ فالجواب عنه ما ذكره من علمها عليها السلام ببقاء الموقوف عليه الى تمام الدنيا ، فلا يكون أيضاً من محل البحث .

(١) الوسائل ج ١٨ ص ١٩ ح ٩ الباب ٥ من ابواب صفات القاضى .

وبالجملة فان القول بكونه وفقاً والحال هذه انما يتم بمنع اشتراط التأييد في الوقف ، وهم لا يقولون به ، فان جملة من نقلنا خلافه في هذه المسئلة وقوله بكونه وفقاً قد صرح باشتراط الدوام في الوقف ، وهو مناقضة ظاهرة ، ومن صرح بذلك ابن ادريس في سرائره ، والشيخ في النهاية والمبسوط ، والعلامة في القوائد والارشاد ، والمحقق وغيرهم .

نعم ظاهر المفيد في المقنعة حيث لم يصرح بهذا الشرط هو عدم شرطية وحينئذ فالمناقضة غير لازمة له ، وأما غيره فالأمر فيه كما ترى .

وبالجملة فان مقتضى القول بشرطية هو ما قلناه من عدم القول بصحته وفقاً هنا ، سيما مع دلالة ظاهر النصوص على شرطية كما عرفت ، وحينئذ فيجب انتفاء القول بالوقف ، والظاهر حينئذ من القولين الباقيين هو القول بالتحجيس وعلى تقدير النزاع في شرطية التأييد كما يظهر من المسالك ، أنه لا يظهر الفرق هنا بين كونه وفقاً وحسباً الا بالقصد ، والواجب هو الرجوع في ذلك اليه ، إلا أن فائدة الفرق بين الأمرين على هذا الوجه نادرة ، والأقرب عندي هو القول بالتحجيس لما عرفت من ثبوت شرطية الدوام في الوقف ، فلا يمكن الحكم بكونه وفقاً ، وليس القول بالتحجيس إلا لزوم استعمال لفظ الوقف في الحبس مجازاً ، وقد عرفت أنه شائع في الأخبار .

وتدل على الصحة وكونه حسباً هنا صحيحة الصفار المتقدمة ، والتقريب فيها أن السائل سأله أنه قد روى أنه ان كان موقفاً فهو صحيح ممضى ، ولكن اختلف الأصحاب في هذا الفرد الصحيح هل هو المؤبد أو منقطع الآخر ؟ فأجاب ^{العلامة} بأن الوقف على حسب ما يذكره الواقف ، بمعنى أنه ان ذكره الوقف مؤبداً فهو وقف مؤبد ، وان ذكره منقطع الآخر فهو وقف مادام الموقوف عليه موجوداً .

الثالث : قد عرفت الخلاف في الوقف المنقطع الآخر وأن الأشهر هو الصحة ، اما وفقاً كما هو أحد الأقوال ، أو حسباً ، ثم انه لو لم ينقرض الموقوف عليه بل

استمر كما لو وقف على أولاده ، ثم أولاد أولاده ، وهكذا واستمر الانتساب ، فالظاهر أنه لا خلاف في صحة الوقف

أما لو انقضوا فقد اختلف الأصحاب فيمن يرجع اليه ، فقيل : برجوعه الى ورثة الواقف ، وقيل : ورثة الموقوف عليهم ، وقيل : انه يصرف في وجوه البر ، وبالأول قال الشيخ وسلا رابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف بل في أكثر كتبه ، والمحقق في الشرايع ، وأسنده في المسالك الى الأكثر ورجحه . وبالثاني قال الشيخ المفيد وابن ادريس وقواه العلامة في التحرير .

وبالثالث قال ابن زهرة ، قال : وقد روي أنه يرجع الى ورثة الواقف ، والأول أحوط ، ونفى عنه البأس العلامة في المختلف ، وظاهر الشهيد في الدروس التوقف في الحكم المذكور ، حيث اقتصر على نقل الأقوال في المسئلة ، ولم يرجح منها شيئاً ، وهذا الخلاف هنا متفرع على القول بكونه وفقاً كما هو المشهور بينهم ، وإلا فانه على تقدير كونه حبساً لا اشكال في أنه انما يرجع الى الواقف أو ورثته ، كما هو قضية التحبيس المختص بمن حبس عليه ، وأظهر منه في ذلك القول بالبطلان ، واستدل للقول الأول بأنه بالوقف لم يخرج عن ملك المالك بالكلية ، وانما تناول أشخاصاً فلا يتعدى الى غيرهم ، ولظاهر قول العسكري عليه السلام (١) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها انشاء الله تعالى والواقف إنما وقفه هنا على من ذكره ، فلا يتعدى الى غيرهم ، ويبقى أصل الملك للمالكه .

واستدل للقول الثاني بانتقال الملك الى الموقوف عليه قبل الانقراض ، فيستصحب ، ولأن عوده الى الواقف بعد خروجه يفتقر الى سبب ولم يوجد ، ولأنه نوع صدقة ، فلا يرجع اليه .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١ ، الكافي ج ٧

ص ٣٧ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢ .

وللثالث بما ذكره العلامة في المختلف ، ونفى عنه البأس حيث قال : ولا بأس بقول ابن زهرة ، لانتقال الوقف من الواقف ، وزوال ملكه عنه ، والعجب ان هذه الحجة التي احتج بها لابن زهرة ترجع الى ما استدل به على القول الثاني ، وهو في المختلف قد أجاب عن ذلك بالمنع من كون الوقف مطلقاً نافلاً بل المؤبد ، قال : ونمنع من كون الموقوف عليه مالكا إلا مع التأييد ، وما أجاب به عن ذلك الدليل لازم له في رد دليله المذكور .

وبذلك يظهر لك ما في القولين الآخرين من القصور ، وأن الظاهر هو القول المشهور ، إلا أن كلامهم هنا غير خال من الاجمال ، بل تطرق الاشكال ، لما عرفت من أن هذا الخلاف متفرع على القول بصحة الوقف كما هو المشهور والذي هو أحد الأقوال الثلاثة في المسئلة المتقدمة في الموضع الثاني ، وإلا فعلى القول بكونه حبساً فإنه يرجع الى الواقف أو ورثته بغير خلاف ولا اشكال ، وعلى القول بالبطلان فالأمر أظهر مع أنك قد عرفت فيما تقدم أن هذا القول وان كان هو المشهور إلا أن ذكرهم التأييد في شروط الوقف - كما صرح به من دقت على كلامه منهم عدا المفيد في المقنعة - لا يجامع القول بصحة الوقف في الصورة المذكورة ، لأن الوقف هنا منقطع غير مؤبد والوقف الصحيح إنما هو المؤبد .

نعم بناءً على ما اخترناه في المسئلة الأولى من كونه حبساً يتجه القول برجوع ذلك الى ورثة الواقف ، وبصير الخلاف في هذه المسئلة ساقطاً لامعنى له ، وهذا غاية ما تدل عليه الصحيحة المنقولة عن العسكري عليه السلام (١) من « أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » والمراد فيها بالوقف ما هو أعم من الوقف المبحوث عنه والتحبيس ، فهو ان كان مؤبداً وقف ، وان كان مقطوعاً تحبيس ، وأما قول ابن زهرة وقدروى أنه يرجع الى ورثة الواقف ، وكذا قول الشيخ في المبسوط في هذه المسئلة ، وقال قوم : يرجع اليه ان كان حياً والى ورثته ان كان ميتاً

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢ .

وبه تشهد روايات أصحابنا ، فإن أريد به كما هو ظاهر كلامه أن هنا أخباراً دالة على موضع البحث ، وأنه مع كون الوقف منقطعاً قد صرحت الأخبار بالرجوع الى الواقف أو ورثته بعد انقراض الموقوف عليه فانه لم يصل اليها في الأخبار ما يدل على ذلك ، وإلا لزال اشكال في هذا المجال ، وإن أريد هذه الصحيحة المذكورة وقريب منها الصحيحة الأخرى المتقدمة معها ، فإن غاية ما تدلان هو أن الوقف يتبع فيه مارسمة الواقف ، والوقف فيهما أعم من التحبيس والوقف بالمعنى المبحوث عنه وغاية ما تدلان عليه الاقتصار في الوقف على الجماعة الموقوف عليهم ، واللازم من ذلك هو الرجوع بعد انقراض الموقوف عليه الى الواقف أو ورثته ، وهذا هو معنى التحبيس وإن سمي وقفاً ، هذا ما أدى اليه الفكر الكليل والذهن العليل من الكلام في المقام ، حسب ما رزق الله تعالى فهمه من أخبارهم عليه السلام .

ثم انه بناء على القول المشهور من الرجوع الى ورثة الواقف بعد انقراض الموقوف عليه ، فهل المراد وارثه حين الانقراض ، أو وارثه بعد موته مسترسلاً الى أن يصادف الانقراض ؟ وجهان ، قالوا : وتظهر الفائدة فيما لومات الواقف عن ولدين ، ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض : فعلى الاول يرجع الى ولد الباقي خاصة ، وعلى الثاني يشترك هو وابن أخيه لتلقيه من أبيه ، كما لو كان معيناً .

المسئلة الثانية: المشهور في كلام المتأخرين أن من جملة شروط الوقف التنجيز وهذا الشرط لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدمين ، منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط ، وكتاب السرائر لابن ادریس ، وكذا المقنعة للشيخ المفيد ، فإنه لم يتعرض أحد منهم لذكره في الكتب المذكورة ، مع أنه لانصر عليه فيما أعلم . وبذلك اعترف في المسالك أيضاً فقال ، وليس عليه دليل بخصوصه وأرادوا بالتنجيز ما تقدم في كتاب الوكالة ، من أن لا يكون معلقاً بوصف لا بد من وقوعه كطلوع الشمس ، ومجيء رأس الشهر ، وهو با صلاحيهم تعليق على الصفة ، وأن لا يكون معلقاً على ما يحتمل الوقوع وعدمه ، كمجيء زيد مثلاً ، ويسمى

بالمعلق على شرط ، أما لو كان الشرط واقعاً والواقف عالم به كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة مع علمه بذلك ، فانه يصح عندهم ، وقد تقدم البحث معهم في ذلك في الكتاب المشار اليه ، وحيث قد عرفت ان الحكم المذكور غير منصوص نفيّاً ولا اثباتاً .

فلو وقع الوقف على هذه الكيفية ، فيمكن القول بعدم الصحة استناداً الى أن العقود الناقلة متلقاة من الشارع ، ولم يثبت كون هذا منها ، والأصل بقاء الملك للمالكه ، ولا يقال : انه يمكن القول بالصحة نظراً الى قوله « لا يملك » الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ، لأننا نقول : المتبادر من الخبر المذكور انما هو باعتبار العموم والخصوص ، والتشريك والانفراد ، والتساوي والتفصيل في الموقوف عليه والتأييد والتحبيس ونحو ذلك لا باعتبار ما ذكرهنا .

المسئلة الثالثة : لاختلاف في اشتراط القبض في صحة الوقف وتمامه بحيث أنه بعده لارجوع في الوقف ، وأما قبله فله الرجوع ولومات قبله رجع ميراثاً ، بمعنى أن الانتقال عن المالك مشروط بالعقد والقبض فيكون العقد جزء السبب الناقل ، وتمامه القبض ، وعلى هذا فالعقد في نفسه صحيح ، الا أنه غير ناقل إلا بالقبض ، ولهذا جاز فسخه قبل القبض ، وبطل بالموت قبله .

ومن ذلك يعلم أن النماء المتخلل بين العقد والقبض للواقف ، وربما عبر بعضهم بأنه شرط في اللزوم ، والظاهر أن مراده ما ذكر لا ما يتبادر من ظاهر هذه العبارة ، وقد صرح في المسالك بذلك .

وبالجملة فالظاهر أن أصل الحكم لا اشكال فيه ولا خلاف نصاً وفتوى ، والذي وقفت عليه من النصوص المتعلقة بهذا الحكم ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن صفوان بن يحيى (١) « عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٤ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٣

يوقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً ، فقال : ان كان أو قفها لولده ولغيرهم ، ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها ، وان كانوا كباراً لم يسلمها اليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها ، لأنهم لا يحوزونها وقد بلغوا .

ومارواه الصدوق في كتاب كمال الدين و تمام النعمة بسنده إلى محمد بن جعفر الاسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله من محمد بن عثمان (١) العمري (رضي الله عنه) عن صاحب الزمان (صلوات الله عليه) ، ورواه الطبرسي في الاحتجاج (٢) عن أبي الحسين محمد بن جعفر الاسدي عن محمد بن عثمان عن صاحب الزمان عليه السلام قال : وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يحل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار ، و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أولم يحتاج افتقر اليه أو استغنى عنه ، الى أن قال : وأما ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لنا حيتنا ضيعة يسلمها لمن يقوم فيها ويعمرها ، ويؤدي من دخلها خراجها ومؤنتها ، ويجعل ما بقي من الدخل لنا حيتنا فان ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها ، انما لا يجوز ذلك لغيره .

واستدل الاصحاب (رضوان الله عليهم) هنا بجملته من الأخبار التي بلفظ الصدقة بناءً على ما فهموه منها من حمل الصدقة فيها على الوقف ، وسيأتي نقلها انشاء الله تعالى في محلها .

ومنها ما رواه الشيخ عن عبيد بن زرارة (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا : قال : اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ٨ الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف ، كمال الدين ص ٥٢٠ ح ٤٩ .

(٢) الاحتجاج ج ٢ ص ٢٩٨ ط النجف .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٩ ح ٥٥ .

فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لان الوالد هو الذي يلي أمره وقال : لا يرجع في الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله .

وبهذه الرواية استدل الأصحاب (رضوان الله عليهم) على أن موت الواقف قبل الاقباض مبطل للوقف ، وموجب لرجوعه ميراثاً حيث أنهم فهموا من الصدقة هنا الوقف .

واعترضهم في المسالك فقال : وقد فهم الأصحاب من الحديث أن المراد بالصدقة الوقف ، واستدلوا به على ما ذكرناه ، مع احتمال أن يريد بالصدقة معناه الخاص ، فلا يكون دليلاً ، ويؤيده قوله في آخر الحديث ، « وقال : لا يرجع في الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله تعالى » فان الحكم من خواص الصدقة الخاصة ، لا الوقف .

أقول : قوله فان الحكم من خواص الصدقة الى آخره محل بحث سيأتي ذكره ان شاء الله تعالى ، وقال في المسالك : والظاهر أن موت الموقوف عليه قبل القبض كموت الواقف ، لأن ذلك هو شأن العقد الجائز فضلاً عن الذي لم يتم ملكه ولكنهم اقتصرُوا على المروي ، ويحتمل هنا قيام البطن الثاني مقامه في القبض ويفرق بينهما بأن يموت الواقف ينتقل ماله الى وارثه وذلك يقتضي البطلان كما لو نقله في حياته ، بخلاف موت الموقوف عليه ، فان المال بحاله ولم ينتقل الى غيره ، لعدم تمامية الملك ، وفي التحرير توقف في صحته اذا قبض البطن الثاني ولم يذكره في غيره ولا غيره ، انتهى .

وفيه أن المفهوم من الأخبار المتقدمة والمتبادد من اطلاق القبض انما هو بالنسبة الى البطن الأول ، وهو الموقوف عليه أولاً ، فان قوله في صحيحة صفوان المذكورة « وان كان لم يسلمها اليهم فله أن يرجع » وقوله في الرواية الثانية « وكلما لم يسلم فصاحبه بالخيار » ظاهر في أن القبض الموجب للزوم إنما هو بالنسبة إلى الموقوف عليه أولاً ، وإلا فإنه متى لم يقبض فالواقف بالخيار ، ان شاء

سلمه ولزم الوقف ، وان شاء لم يسلمه فيبطل الوقف ، على أنه لو صح ما احتمله بالنسبة إلى البطن الثاني لجري أيضاً فيما بعده .

وبالجملة فان الانتقال إلى البطن الثاني فرع صحة الوقف ولزومه بالنسبة إلى البطن الاول ، وإلا لصح الوقف لو وقف أولاً على من لا يصح الوقف عليه ثم على غيره ممن يصح ، وهم لا يقولون به ، ثم انه يجب أن يعلم أن القبض المعتبر هنا هو القبض المتقدم تحقيقه في كتاب البيع .

وتمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور : الأول : الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في أن قبض الولي لمن هو ولي عليه كقبضه وان كان الواقف الوالي ، كما لو وقف على أولاده الأصاغر ، فان قبضه قبل الوقف كاف في قبضه لهم بعده ، وعليه تدل صحيحة صفوان المتقدمة ، وكذا رواية عبيد بن زرارة ، ومثلها روايات أخرى أيضاً ، ولا يجب تجديد النية والقصد في كونه قبضاً عن المولى عليه ، لعدم الدليل عليه ، وإطلاق النصوص يقتضي العدم ، واحتمل بعضهم اعتبار قصده قبضاً عن المولى عليه بعد العقد ، لأن القصد هو الفارق بين القبض السابق الذي كان على جهة الملك ، واللاحق الذي للموقوف عليه .

وإطلاق النصوص المذكورة يرد ، إلا أن ظاهر صحيحة صفوان ربما أشعر به ، لقوله « وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم » فان الظاهر أن المراد قصد ولايتها لهم ، إلى أن يبلغوا ، فلا بد حينئذ من تجديد النية ، على أن التحقيق أن التجديد أمر لا بد من لا ينفك عنه الواقف كذلك بحسب الطبيعة والجملة ، لأن من كان له ملك وازال ذلك الملك عن نفسه بنقله إلى غيره ممن له الولاية عليه ، فانه لا بد من تغير قصده ، ونيته في وضع اليد عليه من أنه بالملك في الأول ، وبالولاية في الثاني ، فاختلف القصد بين الحال الأولى والثانية أمر جبلي طبيعي كما لا يخفى ، والظاهر كما استظهره جملة من الأصحاب ان ما كان في يد الولي بطريق الوديعة أو العارية ، ووقفه صاحبه على المولى عليه

فان قبضه باحدى الطريقتين المذكورتين كاف ، كما لو كان هو الواقف .

الثاني : الظاهر أنه لا فرق في الاكتفاء بقبض الولي بين كون الولي أباً أو جداً أو وصيهما أو حاكماً شرعياً ، وان كان مورد الأخبار المتقدمة الأب ، فانها إنما خرجت مخرج التمثيل ، لا الاختصاص ، إذا العلة مشتركة بين الجميع ، وتتردد بعض الاصحاب في الحاق الوصي بالمذكورين ، نظراً إلى ضعف يده وولايته بالنسبة إلى غيره .

قال في المسالك ونعم ما قال في رد هذا المقال : ولوجه للتردد ، فان أصل الولاية كاف في ذلك ، والمعتبر هو تحقق كونه تحت يد الواقف ، مضافاً إلى ولايته على الموقوف عليه ، فتكون يده كيد ، ولا يظهر لضعف اليد وقوتها أثر في ذلك ، انتهى وهو جيد .

الثالث : الظاهر أن المشهور هو كون القبض باذن الواقف ، فلو وقع بدونه لغى وتوقف فيه صاحب الكفاية ، قال : وحجته غير واضحة ، وعلمه في الروضة بامتناع التصرف في ملك الغير بغير إذنه ، والحال أنه لم ينتقل إلى الموقوف عليه بدونه .

وفيه أنه وان لم ينتقل إليه قبل القبض الا أنه ينتقل إليه بالقبض بلا خلاف ولا اشكال فلو قبضه الموقوف عليه وان لم يكن باذن الواقف صدق حصول القبض الذي هو الناقل ، واشترط الأذن يحتاج إلى دليل .

ويمكن الاستدلال على ما ذكره بقوله القبض في صحيحة صفوان « وان كانوا كباراً لم يسلمها اليهم فله أن يرجع ، وكذا قوله القبض في التوقيع « فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار وكلما سلم فلا خيار فيه » ، فان ظاهره أن القبض إنما يتحقق بتسليم الواقف ، ودفعه بالفعل أو الأذن ، الا أن رواية عبيد بن زرارة قد وقع التعبير فيها هنا بلفظ القبض المنسوب إلى الموقوف عليه ، فقال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، ومفهومه أنه لو قبضوا أعم من أن يكون باذن أو غيره

كان صحيحاً لازماً ، ومثلها في هذه العبارة قوله إِلَّا فِي صَحِيحَةٍ محمد بن مسلم إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ونحوها ، روايات آخر إلا أنها وردت بلفظ الصدقة ، لكن الأصحاب استدلوها على أحكام الوقف ، بناءً على فهمهم منها أن المراد بالصدقة منها الوقف كما تقدمت الإشارة إليه .

ويمكن تقييد اطلاق هذه الروايات بالخبرين الأولين بمعنى تخصيص القبض المذكور فيها بما إذا اقترن بالاقباض من الواقف ، فلا بد من تسليم الواقف ، ودفعه ليحصل القبض المعتبر شرعاً ، وكيف كان فالاحتياط يقتضي الوقوف على القول المشهور .

الرابع : هل يكتفى بالقبض السابق وان كان على غير وجه شرعي كالمقبوض بالغصب ، والشراء الفاسد اشكال ، ينشأ من أن المتبادر من القبض في أخبار المسئلة هو القبض الشرعي ، وهذا القبض منهى عنه ، فلا يؤثر في الصحة ، ولهذا لو قبضه الموقوف عليه بغير إذن بطل كما تقدم ، ومن حصول القبض في الجملة ، وأن النهي عنه غير موجب للبطلان ، لأن ذلك في العبادات ، وإنما غايته الأثم مع أنه لقائل أن يقول : إن النهي عن هذا القبض وان وقع باعتبار أول الأمر من حيث الغصب ونحوه ، إلا أنه بعد وقف الواقف ذلك المغمصوب على من هو في يده وإرادة تملكه إيّاه ، يعلم اختلاف الحالين ، فانه قرينة ظاهرة في الرضا بقبضه ويصير اختلاف حالي القبض هنا كما في صورة قبض الولي لاولاده الصغار ماوقفه عليهم ، فان القبض أمر واحد مستصحب في كلتي المسئلتين وان كان في الاول ملكاً للواقف ، وبعد الوقف يصير ملكاً للموقوف عليهم بالنسبة إلى تلك المسئلة ، وغصباً منهياً عنه قبل الوقف ، وشرعياً بعد الوقف ، لافادته الرضا به بالنسبة إلى هذه المسئلة ، وقد تقدم نظير ذلك في الرهن .

واضطرب كلام العلامة (رحمة الله عليه) في التذكرة في هذه المسئلة ، ففي كتاب الرهن كما قدمنا نقله عنه ثمة قطع باسقاط الأذن ، ومضي زمان يمكن

تجدد القبض فيه ، ولم يكتف بقبض الفاصب ونحوه ، وفي هذا الكتاب قطع بالاكْتفاء بقبض الفاصب كما اخترناه ، وظاهر كلام المحقق في الشرايع يؤذن بالاكْتفاء بقبض الفاصب ، قال في المسالك : ولعله أجود .

أقول : وجه قوته يعلم مما ذكرناه وإن لم يتنبه له أحد من أصحابنا ، (رضوان الله عليهم) ، قال في المسالك : وحيث لا يعتبر تجديد القبض ، لا يعتبر مضي زمان يمكن فيه احداثه ، وإن اعتبر اعتبر ، لأن الاذن فيه يستدعى تحصيله ، ومن ضروراته مضي زمان يمكن فيه ، بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد ، وقد تقدم مزيد تحقيق له في الرهن .

أقول : قد أشرنا في الكتاب المذكور إلى أن ما ذكره من التحقيق غير جدير بالنظر إليه ، ولا تحقيق .

الخامس : قد صرح جملة من الأصحاب (رحمهم الله) بأنه لا يشترط في القبض الفورية بعد العقد ، بالأصل وعدم الدليل على ذلك .

أقول : ويشير إلى عدم ذلك قوله ^{عليه السلام} في رواية عبيد بن زرارة ، وصحبة محمد بن مسلم «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث» فإنه ظاهر فيما قلناه ، حيث علق البطلان بعدم القبض حتى يموت ، المسؤذن بعدم البطلان متى تحقق القبض وإن تراخى عن العقد إلا أن يموت ، أو يفسخ العقد .

السادس : ينبغي أن يعلم أن القبض المعتبر شرعاً في الوقف إنما هو بالنسبة إلى البطن الأول بغير خلاف يعرف ، فيسقط اعتبار ذلك في بقية البطون ، لأنهم يتلقون الملك عن البطن الأول ، وقد تحقق أولاً ، ولزم بالقبض أولاً ، وهذا هو مقتضى الاخبار المتقدمة ، فإن غاية ما يدل عليه هو القبض ممن وقف عليه أولاً دون غيره ممن تأخر من البطون ، والأصل العدم حتى يقوم دليل على خلافه .

السابع : لو كان الوقف على الفقراء أو الفقهاء فلا بد من نصب قيسم للقبض ، لما عرفت من أن القبض معتبر شرعاً في صحة الوقف ، والموقوف على هؤلاء

المذكورين في الحقيقة إنما هو وقف على الجهة ، كما سيأتى بيانه انشاء الله تعالى قريباً ، لا وقف على الاشخاص ، فلا يكفي قبض بعضهم ، لأنه ليس هو الموقوف عليه ، وإنما الوقف على جهة من جهات مصلحته ، فلا بد من نصب قيم للمقبض من الواقف أو الحاكم ، أو قبض الحاكم بنفسه ، إلا أن ظاهر خبر صدقة أمير المؤمنين عليه السلام بالعين التي في ينبع كما تقدم ليس فيه أزيد من قوله ذلك اللفظ المحكي في الخبر ، وبه ثبت الوقف وتسم ، إلا أنه يمكن أن يقال : ان قبضه عليه السلام لذلك لما كان بطريق الولاية لتلك الجهة ، وهو الحاكم الشرعي كان ذلك كافياً .

نعم لو كان الواقف ليس حاكماً شرعياً فإن الواجب نصب القيم من جهته ، أو جهة الحاكم أو الحاكم بنفسه كما ذكرناه ، وقد تقدم في صحيحة صفوان قوله عليه السلام ان كان أو قفها لولده أو لغيرهم ثم جعل لها قيمة لم يكن له أن يرجع ، والظاهر أن المراد أنه أو قفها على أولاده البالغين مع غيرهم من الجهات العامة ، وجعل قيمة للوقف ، فانه لا يجوز له الرجوع لحصول القبض من القيم ، فيكون الخبر دليلاً في المسئلة ، وحمل الأولاد على البالغين ، لأن حكم الصغار مذكور بعدهم في الرواية ، وأن الأب يقبض عنهم بالولاية ، ولو كان على مصلحة محضة ، كالمساجد والقناطر ونحوها ، فإن القبض في ذلك إلى الناظر المعين لتلك المصلحة من الواقف أو الحاكم ، والحكم عندي في هذا المقام لا يخلو من شوب التردد والأشكال لعدم معلومية اشتراط القبض من الأدلة كما لو كان الوقف على موجود مخصوص ، ولا يشترط القبول هنا ، ولا في السابق لما تقدم من أن القبول إنما هو من الموقوف عليه في هذين الموضعين إنما هو الجهة ، ولا يعقل اعتبار قبولها على أنك قد عرفت ما في ذلك من البحث والمناقشة .

الثامن : أطلق بعضهم تحقق القبض في وقف المسجد والمقبرة بصلاة واحد فيه ودفن واحد فيها ، وقيد آخر بوقوع ذلك بأذن الواقف ، ليتحقق الإقباض الذي هو شرط صحة القبض ، وقيد ثالث بأن يوقع الصلاة والدفن بنية القبض أيضاً فلو

أوقعا ذلك لابنته كما لو وقع قبل العلم بالوقف أو بعده قبل الاذن في الصلاة أو بعده ، لا يقصد القبض ، إما لذهوله عنه أو لغير ذلك لم يلزم ، ومثله الدفن قالوا : هذا إذا لم يقبضه الحاكم الشرعي أو منصوبه والا فالأقوى ألا كتفاء به إذا وقع باذن الواقف لأنه نائب المسلمين .

أقول : لم أقف في هذا المقام على نص يتضمن شيئاً من هذه الأحكام ، وهو مبني على ما تقرر عندهم من عدم ثبوت المسجدية الا بالوقف ، وقد تقدم منا تحقيق في ذلك في كتاب الصلاة في التتمة الملحققة بالمقدمة السادسة في المكان (١) واستوفينا الكلام معهم رضوان الله عليهم في ذلك فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه .

التاسع : المفهوم من كلام أكثر الأصحاب وهو صريح جملة منهم أنه بعد القبض ليس للواقف فيه رجوع بوجه وقال الشيخ المفيد (رحمة الله عليه) في المقنعة : الوقوف في الأصل صدقات ، لا يجوز الرجوع فيها الا أن يحدث الموقوف عليه ما يمنع الشرع من معوتهم ، والقربة إلى الله بصلتهم ، أو يكون تغير الشرط في الوقف إلى غيره أرد عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله .

قال ابن ارييس بعد نقل ذلك عنه : والذي يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه ونقضه لا يجوز الرجوع فيه ، ولا تغييره عن وجوه وسبيله ولا بيعه ، سواء كان بيعه أرد عليهم أم لا ، إلى أن قال : فمن ادعى غير ذلك فقد ادعى حكماً شرعياً يحتاج في اثباته إلى دليل شرعي ، انتهى .

واجاب العلامة في المختلف عن ذلك : بما يؤذن بالجمع بين الكلامين ، من حمل كلام الشيخ المفيد على أن الواقف له قد شرط شرطاً يمتنع بدونه اجراء الوقف على حاله ، قال : فهنا يخرج الوقف عن اللزوم ، وأن يكون الواقف قد قصد معونة الموقوف عليهم لصلاحهم ودينهم ، فيخرج أربابه عن هذا

الوصف إلى حد الكفر ، فلنائل أن يقول يخرج أربابه عن الاستحقاق ، لأن الوقف صدقة ، ومن شرط الصدقة التقرب إلى الله تعالى ، فمن لا يصح التقرب بالمعاونة عليه يبطل الوقف عليه ، انتهى .

والذي يقرب عندي أن كلام الشيخ المشار إليه (قدس الله روحه) مبني على مسألة أخرى ، وهو أنه هل يشترط في صحة الوقف القربة إلى الله تعالى به ، فلو خلاها لم يكن وقفاً صحيحاً أم لا ؟ فعلى الأول لو تجدد من الموقوف عليه بعد الوقف ما ينافي التقرب إلى الله تعالى بصلته كاتصافه بالكفر بطل الوقف ، كما أنه يبطل ابتداء لو كان كافراً ، فانه لا يجوز الوقف عليه ، إلا أن يكون الكافر أحد الأبوين على ما سيأتي تفصيله - إن شاء الله تعالى - في تلك المسئلة ، وقد صرح بما قلناه ابن ادريس في تلك المسئلة ، فقال : لا يجوز الوقف على الكفرة إلا أن يكون الكافر أحد الأبوين ، لان من صحة الوقف وشرطه نيّة القربة فيه ، انتهى .

والشيخ المفيد (قدس سره) قد صرح في كتابه المذكور باشتراط القربة في صحة الوقف ، كما يشير إليه كلامه هنا ، فقال في موضع آخر : ولا بد في ذكر الوقف من شرط الصدقة به ، والقربة إلى الله تعالى بذلك ، وحينئذ فاعتراض ابن ادريس عليه ليس في محله ، لأنه من القائمين بهذا القول كما سمعت من عبارته المذكورة ، ومثلها ما صرح به في موضع آخر أيضاً حيث قال : وجه القول أنه يقتدر صحة الوقف إلى شروط ، إلى أن قال : ومنها أن يكون متلفظاً بصريحه قاصداً إليه ، والتقرب به إلى الله تعالى ، والمراد بقوله متلفظاً بصريحه ، يعنى الاتيان بالعبارة الصريحة في عقد الوقف ، وحينئذ فإذا كان مذهبه أن التقرب شرط في صحة الوقف فيبطل بدونه ، لغوات الشرط المذكور ، فانه لا فرق بين البطلان بغواته في الابتداء ، وفي الانتهاء ، فان شرطيته ثابتة ابتداء واستمراراً ، فكلام الشيخ المذكور بناء على ما ذكرناه لا يعتريه نقص ولا قصور ، بقي الكلام في تحقيق هذه المسئلة ، وهو أنه هل يشترط في صحة

الوقف القربة أم لا ؟ قد عرفت من كلام الشيخ المفيد وابن ادريس القول بذلك ، ونحوهما الشيخ في النهاية ، حيث قال : والوقف والصدقة شيء واحد ، ولا يصح شيء منهما إلا بعدما يتقرب به الى الله تعالى ، وان لم يقصد بذلك وجه الله لم يصح الوقف .

وأما في المبسوط فلم يتعرض لذلك بنفى ولا اثبات ، وظاهر كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك العدم ، كما يشير اليه كلامه المتقدم في هذه المسئلة وقال في المفاتيح وفي اشتراط نيّة القربة قولان ، والأصح العدم ، لعدم دليل عليه بل العمومات تنفيه ، نعم حصول الثواب يتوقف عليه .

أقول : ويدل على ما ذكره المتقدمون من الاشتراط ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج (١) قال : بعث اليّ أبو الحسن موسى عليه السلام بوصية أمير المؤمنين عليه السلام وهي : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به وقضى به في ماله عبدالله علي ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ، ويصرفني به عن النار ، ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه وتسود وجوه أن ما كان لي من مال ينبع من مال يعرف لي فيها وما حولها صدقة ، وما كان لي بوادي القرى صدقة ، وما كان لي بديمة وأهلها صدقة ، وما كان لي باذنية وأهلها صدقة ، في سبيل الله ، الى أن قال : هذه صدقة واجبة بتلّة حياً أنا أو ميتاً ينفق في كل نفقة يبتغي بها وجه الله في سبيل الله ، وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب الى أن قال : ولا يباع منه شيء ولا يوهب ولا يورث ، الحديث وما نقلناه ملخص الخبر فانه طويل ، وهو كما ترى وقف مشتمل على التقرب .

ومثله ما روى من وقف الكاظم عليه السلام (٢) وقد تقدم ذكرها في الموضع الثاني

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٩ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٣

ص ٣١٢ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٩ ح ٥٧ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

من المطلب الأول ، وفيها تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه وهو صحيح ، صدقة حبساً بتلاًباً لا مشوبة فيها ولا رداً أبداً ابتغاء وجه الله تعالى والدار الآخرة ، الى آخر ما تقدم .

الا أن الخبرين المذكورين ليسا في الاشتراط ، فيجوز أن يكون ذكر ذلك لترتب الثواب الاخرى على ذلك الوقف ، اذ بدون التقرب لا يترتب عليه ثواب وانصح ولزم ، كما صرحوا به .

ويمكن أن يكون مستند الشيخ المفيد ومن تبعه في ذلك انما هو الأخبار الدالة على أن الصدقة لا تصح ولا تلزم الا بالقربة ، بحمل الصدقة على الوقف ، مثل قول أبي عبدالله عليه السلام في موثقة حماد وهشام وابن اذينة وابن بكير (١) « لاصدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى » وموثقة عبيد بن زرارة (٢) قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بصدقة أله أن يرجع في صدقته ، فقال : ان الصدقة محدثة ، انما كان النحل والهبة ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أولم يحز ، ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله أن يرجع فيه » .

ورواية زرارة (٣) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال . انما الصدقة محدثة ، انما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ينحلون ويهبون ، ولا ينبغي لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه ، قال . وما لم يعط الله وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أولم تحز » الحديث .

والتقريب فيها أن المفهوم من كلام الشيخ المفيد أن الوقف لا يخرج عن الصدقات بل هما أمر واحد في قصد التقرب الى الله عز وجل ، وهو صريح كلام الشيخ في النهاية لقوله والوقف والصدقة شيء واحد ، لا يصح شيء منهما إلا بعد التقرب ، واليه يشير

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٢ التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٤ ح ١ .

قوله في المقتعة ان الوقوف في الأصل صدقات ، بمعنى أنه إنما يطلق في الأصل والصدر السابق على الوقف لفظ الصدقة ، وهو حق كما سمعته من الأخبار المتقدمة ، سيما أخبار وقوف الأئمة عليهم السلام واليه يشير قوله عليه السلام في هذين الخبرين « إنما الصدقة محدثة ، يعنى اطلاق هذا اللفظ على ما يعطى بقصد التقرب محدث ، وإنما الذي كان يستعمل في زمنه (صلى الله عليه وآله وسلم) النحلة والهبة أعم من أن يكون مقترنة بالتقرب لله سبحانه ، فتدخل فيه الصدقة بالمعنى المتأخر أولم يكن كذلك ، وهذا المعنى الذى استعمل فيه لفظ الصدقة إنما هو الوقف ، والمستعمل من لفظ الصدقة في الصدر الأول إنما هو الزكاة كما دلت عليه الآية ، وحينئذ فإذا كان الأصل في اطلاق الصدقة إنما هو المعنى المترتب على لفظ الوقف ، فلا بد من اشتراط التقرب فيه لاشتراط الصدقة بالقربة ، وإن جرى ذلك أيضاً في الصدقة بالمعنى المتأخر فيجب اشتراط القربة في الصدقة بكل من المعنيين بالتقريب المذكور .

ومجمله أن اطلاق لفظ الصدقة على الوقف كما عرفت في الأخبار إنما هو من حيث أن الوقوف إنما تكون لله سبحانه ، وما كان لله سبحانه فلا رجعة من هذه الجهة لأنه قد استحق الأجر ، وكتب له الثواب ، فلا يجمع بين العوض والمعوض ، وبهذا التقريب يتم المدعى من شرطية التقرب في الوقف ، كما هو قول أولئك الفضلاء المتقدمين ، ولم يحضرنى الآن من كتب المتقدمين غير من قدمت ذكره .

المسئلة الرابعة : قد عرفت أن من شرائط الوقف اخراجه عن نفسه ، ولا خلاف في بطلانه لو وقف على نفسه ، سواء اقتصر على ذلك أو جعله بعد نفسه لغيره ، إنما الخلاف فيما إذا جعله لغيره بعد ذكر نفسه وهو الوقف المنقطع الأول فقيل : بالصحة فيه ، وهو قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، ولا فرق في ذلك بين أن يقفه أولاً على نفسه أو على غيره ممن لا يجوز الوقف عليه ، ومرجعه الى منقطع الأول ، والمشهور في كلام الأصحاب بطلان الوقف من أصله .

وقال الشيخ في الخلاف : اذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد ، أو حمل لم يوجد ، أو رجل مجهول وما أشبه ذلك ، ثم بعد ذلك على أولاده الموجودين في الحال ، وبعدهم في الفقراء والمساكين بطل الوقف فيما بدأ بذكره لأنه لا يصح الوقف عليهم ، وصح في حيز الباقيين ، لأنه يصح الوقف عليهم ، واستدل بأنه ذكر نوعين ، أحدهما لا يصح الوقف عليه ، والآخر يصح ، فإذا بطل في حيز من لا يصح الوقف عليه ، صح في حيز من يصح الوقف عليه ، لأنه لا دليل على إبطاله ولا مانع منه .

وقال في المبسوط : اذا كان الوقف منقطع الابتداء ، ومتصل الانتهاء ، بأن يقف أولاً على من لا يصح الوقف عليه ، ثم على من يصح ، كمن يقف على نفسه أو عبده أو المجهول أو المعدوم أو الميت ، ثم على الفقراء والمساكين ، الذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يصح الوقف ، لأنه لا دليل عليه ، وفي الناس من قال : يصح تفريق الصفقة ، وإذا قال : لا يصح تفريق الصفقة بطل الوقف في الجميع ، وبقي الوقف على ملك الواقف لم يزل عنه ، ومن قال : يصح تفريق الصفقة أبطله في حق من لا يصح الوقف عليه ، وصححه في حق الباقيين ، وهذا قوي يجوز أن يعتمد عليه ، لأننا نقول بتفريق الصفقة ، انتهى .

واستدل العلامة في المختلف والشهيد الثاني في المسالك على البطلان كما هو المشهور بما ملخصه أن اللازم من القول بالصحة أحد أمور ثلاثة : إما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه ، أو وقوع الوقف المشروط ، أو عدم جريان الوقف على حسب مباشرته الواقف ، واللوازم كلها باطلة ، وليرجع في توجيه الملازمة إلى ما ذكره ثمة .

والأظهر في الاستدلال على ذلك هو ما رواه في الكافي عن علي بن سليمان (١) قال : كتبت إليه يعني أبا الحسن عليه السلام : جعلت فداك ليس لي ولد

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٧ ج ٣٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ١ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٩٦ ح ١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٧ ح ٦٢٣ .

ولي ضياع ورثتها من أبي وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثان ، فان لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فما ترى جعلت فداك ؟ لي أن أوقف بعضها على فقراء اخواني والمستضعفين أو أبيعها وأتصدق بثمنها في حياتي عليهم ؟ فاني أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي ، فإن أوقفها في حياتي فلي أن آكل منها أيام حياتي أم لا ؟ فكتب عليه السلام : فهمت كتابك في أمر ضياعك ، وليس لك أن تأكل منها ، ولا من الصدقة ، فان أنت أكلت منها لم تنفذ ، الحديث .

وهو ظاهر في أنه لو وقف على نفسه بطل الوقف ، والتقريب فيه أن مقتضى الوقف على نفسه جواز الأكل منه ، مع أنه ليس له ذلك بالخبر المذكور ، فلا ثمرة لهذا الوقف لو قيل به ، ومنه يعلم أن عدم جواز الأكل مستلزم لبطلان الوقف على نفسه ، والمراد من عدم النفوذ إنما هو البطلان .

ومما يدل على اخراجه نفسه مما يقفه على غيره ما رواه الشيخ في الصحيح عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي (١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير ، وقال : ان احتجت الى شيء من مالي أو من غلة فأنا أحق به ، أله ذلك وقد جعله الله ؟ وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل ؟ أيرجع ميراثاً أو يمضى صدقة ؟ قال : يرجع ميراثاً على أهله » .

وما رواه عنه (٢) في الصحيح أيضاً « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من أوقف أرضاً ثم قال : ان احتجت اليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث » . وهذه الروايات ، وان لم تدل على خصوص البطلان في وقفه على نفسه كما هو المدعى ، إلا أنك قد عرفت من التقريب المتقدم ما يدل على ذلك ، ومع الاغماض عن ذلك ، فانها ظاهرة بل صريحة في أنه يجب اخراج نفسه مما أوقفه

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٥٩ .

على غيره من جميع الجهات ، أعم من أن يقف على نفسه أو يشترط الرجوع اليه كلاً أو بعضاً أو نحو ذلك مما يخرج عن الوقف على غيره ، ونحوها أيضاً رواية طلحة بن زيد (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه أن رجلاً تصدق بدار له ، وهو ساكن فيها ، فقال : الجين اخرج منها » .

والأظهر عندي في الاستدلال على بطلان الوقف المنقطع الأول هو أن يقال : لا ريب أن الأصل عصمة المال من الانتقال الإبدلي شرعي ، ولم نعلم من الشرع صحة الوقف بهذه الكيفية ، فإن الأخبار الواردة في الوقف عنهم عليهم السلام فعلاً أو أمراً أو تقريراً إنما اشتملت على الوقف أولاً على من يصح الوقف عليه ، ثم على من عقبه به ، فلو صدّره بمن لا يصح الوقف عليه من نفسه ، أو غيره من الأفراد المشار إليها آنفاً فالحكم بالصحة يتوقف على دليل ، وليس فليس ، وتخرج الروايات المذكورة شاهدة على ذلك ، وإن كان موردها أخص ، والمفهوم من عبارة المبسوط أن القائل بالصحة إنما هو من المخالفين ، لأن مرمى لفظ الناس ذلك ، وبعضه ما ذكره من التعليل العليل ، فانه الأربط بمذاهب العامة ، وإن استحسنه هنا وتبعهم فيه ، كما أن قوله الذي يقتضيه مذهبنا ، فيه إشارة إلى الاتفاق عليه عندنا وتعليله المذكور جيد ، كما ذكرنا .

تنبيهات :

الاول - اعلم أنهم قد صرحوا بأنه على تقدير القول بالصحة كما هو مذهب الشيخ في الكتابين المذكورين فهل ثبتت هذه الصحة لغيره من حين الوقف ؟ أم بعد موت الواقف ؟ وجهان : ثم نقلوا عن الشيخ اختيار الاول ، وهو أن الوقف ينتقل لذلك الغير من حين الوقف كما هو ظاهر كلامه المتقدم .

ثم انهم اعترضوه بأنه خلاف مقصود الواقف . وقد قال العسكري عليه السلام (٢)

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ١ .

« ان الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » وأهلها لم يقصدوا ذلك الغير ابتداءً فكيف تصرف إليه .

وهذا الاعتراض عندي لا يخلو من خدش ، لأنه لا خلاف في بطلان الوقف على نفسه في هذه الصورة ، ولا خلاف في أن الخبر على إطلاقه غير معول عليه ، والا لدخل تحته جملة الوقوف الباطلة التي لا خلاف في بطلانها ، فلا بد من تخصيصه بما كان صحيحاً شرعاً ، والشيخ يدعي أن الوقف على ذلك الغير مع تقدم الوقف على نفسه صحيح ، وإن بطل وقفه على نفسه ، لأن وقفه على نفسه قد خرج من إطلاق الخبر المذكور ، فيكون شاملاً لما ادعاه بناءً على دعواه ، فالزامهم له بأن مقتضى ما ذكره خلاف ما دل عليه الخبر ، مردود بأنه وإن دل بإطلاقه على ذلك ، إلا أنه يجب تخصيصه ، وإخراج هذه الصورة ونحوها من إطلاقه ، كما عرفت .

وبالجملة فإن الظاهر أن اعتراضهم عليه غير موجه ولا ظاهر ، ومن ثم أعرضنا عن نقل دليلهم المتقدم ذكره إلى ما قدمناه من الدليل الواضح السبيل . ثم أنهم ذكروا بعد رد قول الشيخ بما قدمنا نقله عنهم بأن الأقوى تفرعاً على الصحة انصرافه إليه بعد موت الموقوف عليه ، قالوا : وبهذا يسمى منقطع الأول . أقول : لأعرف لقوة ما ذكرها وجهاً ، إلا أن يكون باعتبار صدق هذه التسمية على هذا التقدير ، دون الأول ، وهو لا يجدي نفعاً ، على أن هذه التسمية إنما هي في كلامهم ، ومجرد اصطلاح منهم ، بل الأقوى إنما هو الأول بالتقريب الذي ذكرناه ، واندفاع ما أورده على الشيخ (رحمه الله) .

الثاني : قالوا : لو وقف على نفسه وغيره بأن وقع العطف بالواو ففي صحة الوقف على الغير بأن يكون في النصف ، ويبطل في النصف الآخر ، أو في الكل بأن يكون الكل وقفاً عليه ، أو يبطل في حقه كما في قرينه أوجه ، : وظاهره في المسالك ترجيح الأول والميل إليه ، قال : ولو عطف الغير في الأول على نفسه بالواو ، فليس بمنقطع الأول ، لبقاء الموقوف عليه ابتداءً وهو الغير ، فإن الموقوف عليه

ليس هو المجموع منه ومن الغير ، من حيث هو مجموع ، بل كل واحد منهما ، والأقوى حينئذ صحة الوقف على الغير في نصفه ، وبطلان النصف في حقه ، لعدم المانع من نفوذ الوقف في النصف ، مع وجود المقتضي للصحة وهو الصيغة مع ما يعتبر معها .

ويحتمل ضعيفاً أن يكون الكل للغير ، خصوصاً لو جعلناه للغير في السابق كما مر ، نظراً إلى أن الموقوف بالنسبة إليهما هو المجموع من حيث هو مجموع ، فالحكم بالتنصيف إنما نشأ من امتناع كون المجموع وقفاً على كل منهما كمنقطع الأول ، فإذا امتنع الوقف على أحدهما خاصة ، انصرف وقف المجموع إلى الآخر . ويضعف بأنه إنما وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصة ، فإذا بطل في أحدهما لم ينصرف الموقوف كله إلى الآخر ، لأن ذلك خلاف مدلول الصيغة ، وخلاف مراد الواقف ، والعقد تابع للقصد ، انتهى ، وكأن من احتمل البطلان كما قدمنا نقله نظر إلى أنه منقطع الأول ولو في الجملة .

أقول : المسئلة كغيرها لخلوها من النص لا تخلو من الأشكال ، وإن كان ما اختاره في المسالك قوي الاحتمال .

الثالث : قد صرحوا بأنه لو وقف على غيره وشرط قضاء ديونه أو إدار مؤنته بطل الوقف ، وهو كذلك لما تقدم من الأخبار في المسئلة ، فانها وإن لم تتضمن ما ذكره هنا بخصوصه ، إلا أن ظاهرها نقل الملك والمنافع عن نفسه ، وإذا شرط الواقف قضاء ديونه أو إدار مؤنته أو نحو ذلك فقد شرط ما ينافي مقتضاه ، فيبطل الشرط والوقف ، والأولى أن يجعل هذا الكلام توجيهاً للنص ، والعلة الحقيقية إنما هي النص ، وهذا الكلام مما يصلح توجيهاً له وبياناً للحكمة في ذلك ، ومقتضى الأخبار المذكورة بطلان الوقف بهذا الشرط ، كما هو المشهور ، وقد تقدم الخلاف في ذلك ، والقول في المسئلة بأن الباطل إنما هو الشرط خاصة مع صحة أصل العقد ، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسئلة في مواضع

أولها مقدمات الكتاب أعني المقدمات الواقعة في أول جلد كتاب الطهارة (١) وبيننا ثمة أن الأولى في ذلك هو الوقوف على الأخبار فيما ترد به من الأحكام ، وأن ذلك لا تتخذ قاعدة كلية في بطلان الشرط خاصة ، أو أصل العقد ، كما يفهم من كلام الاصحاب ، بل يجب الوقوف فيه على موارد النصوص ، حيث أن بعضها تضمن بطلان الشرط خاصة ، مع صحة أصل العقد في بعض الاحكام ، وبعضها تضمن بطلان أصل العقد في بعض آخر ، كما في هذا الموضع وغيره ، ثم انه لا فرق في البطلان بما يشترط بين أن لا يكون قليلاً أو كثيراً ، لوجود المقتضى في الجميع ، قال في المسالك : ومن جوز الوقف على نفسه جوز اشتراط هذه الاشياء مطلقاً .

أقول : ظاهر هذا الكلام وجود قول في المسئلة بجواز الوقف على نفسه ، مع أن ظاهر الاصحاب الاتفاق على العدم وهو نفسه ممن صرح بذلك أيضاً ، فقال في شرح قول المصنف ومن وقف على نفسه لم يصح ، لا خلاف بين أصحابنا في بطلان وقف الانسان على نفسه الى آخره ، والظاهر أن منع الاشتراط المذكور انما هو بالنسبة الى نفسه ، وإلا فلو اشترط لغيره من أقاربه أو غيرهم صح الوقف والشرط ، ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن جعفر بن حيان (٢) وهو مجهول أو واقفي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوقف غلة له على قرابته من أبيه ، وقرابته من أمه ، وأوصى لرجل ولعقبه عن تلك الغلة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة ويقسم الباقي على قرابته من أبيه ، وقرابته من أمه ؟ قال : جائز للذي أوصى له بذلك ، قلت : أرايت ان لم يخرج من غلة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهم ، فقال : أليس في وصيته ان يعطى الذي أوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم ويقسم الباقي على قرابته من أمه وقرابته من أبيه ، قلت : نعم ، قال : ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفي الموصى له بثلاثمائة درهم ، ثم لهم ما بقي من

(١) ج ١ ص ١٦٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٥ ح ٢٩ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٣ ح ١٢ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٣٠٦ ح ٨ .

بعد ذلك ، قلت : أرأيت ان مات الذي أوصى له ؟ قال : ان مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقي أحد منهم فإذا انقطع ورثته ، ولم يبق منهم كانت الثلاثمائة درهم لقراءة المييت ، ترد الى ما يخرج من الوقف ، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة ، قلت : فللورثة من قراءة المييت بأن يبيعوا الأرض اذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة ؟ قال : نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا .

وفي هذا الخبر دلالة على تفسير العقب بالورثة ، والأكثر على أن المراد به إنما هو الولد ، وولد الولد ، وقيل بتفسيره بالورثة ، وهذا الخبر صريح فيه كما ترى ، وأما ما ذكره آخر الخبر من جواز بيع الوقف ، فقد تقدم الكلام فيه مستوفى في فصل البيع من كتاب التجارة (١) .

وما رواه في الكافي عن أحمد بن محمد (٢) والظاهر أنه البرزطي في الصحيح « عن أبي الحسن الثمالي عليه السلام قال : سألته عن الحيطان السبعة التي كانت ميراث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لفاطمة عليها السلام فقال : لانما كانت وقفاً ، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يأخذ اليه منها ما ينفق على أضيافه ، والتابعة تلزمه فيها فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمة عليها السلام فيها فشهد عاي عليها السلام وغيره أنها وقف على فاطمة عليها السلام وهي الدلال ، والعواف ، والحسنى ، والصفية ، ومالهم ابراهيم والميثب ، والبرقة » .

ورواه الصدوق والشيخ مرسلًا (٣) وفيه بدل والتابعة تلزمه فيها ومن يمر به ، وظاهر الخبر المذكور أنه صلى الله عليه وآله وسلم وقف هذه الحوائط في حياته على فاطمة عليها السلام ، وشرط الأنفاق منها على أضيافه ، وما ينوبه وهو المشار اليه

(١) ج ١٨ ص ٤٤٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٧ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٤٥ ح ٥١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٠ ح ١٤ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٣١١ ح ٣ .

بالتابعة أي ما يتبع الانسان مما يهمه ويعينه .

الرابع : المشهور بين الأصحاب أنه لو وقف على الفقراء فصار فقيراً أو على الفقهاء فصار فقيهاً فإنه يصح له الأخذ منه ، ومشاركة المذكورين ، وخالف في ذلك ابن ادريس ، فمنع من ذلك لخروجه عنه ، فلا يعود اليه .

وفصل العلامة في المختلف تفصيلاً حسناً ، فقال : والوجه عندي أن الوقف ان انتقل الى الله تعالى كالمسجد ، فإنه للواقف الانتفاع به ، كغيره من الصلاة فيه ، وغيرها من منافع المسجد ، وان انتقل الى الخلق لم يدخل ، سواء كان مندرجاً فيهم وقت الوقف ، كما لو وقف على المسلمين أو على الفقهاء وهم منهم ، أو لم يكن ، كما لو لم يكن فقيهاً وقت الوقف ثم صار منهم ، لنا أنه مع الانتقال الى الله تعالى يكون كغيره ، لتساوي النسبة مع جميع الخلق ، فلا معنى لخرجه عنه مع ثبوت المقتضى وهو الاباحة السالبة عن معارضة وقفه على نفسه ، ومع الانتقال إلى من يندرج فيهم ، أو دخل مكان دخوله تحت اللفظ العام ، فيكون قد وقف على نفسه وغيره ، فيبطل في حق نفسه ، فان العام يتساوى نسبة أفرادها اليه ، انتهى .

أقول : ومما يؤيد أن الوقف في هذه الصورة انما ينتقل الى الله عز وجل دون الموقوف عليه ، أن الوقف على هذه الكيفية ليس وقفاً على الأشخاص المتصفين بهذا الوصف ، فليس وقفاً على نفسه ، ولا على جماعة هوم منهم ، وانما هو وقف على جهة مخصوصة ، وهي جهة الفقر والمسكنة مثلاً ، وقصد نفع الموصوف بهذه الصفة لأشخاص بعينهم ، ولهذا انه لا يشترط قبولهم ولا قبول بعضهم وإن كان ممكناً لأنه لم ينتقل اليهم ، ولا يجب صرف النماء على جميعهم ، بل يجوز أن يخص به بعضهم ولو واحد منهم ، ولو كان وقفاً عليهم لوجب ايصاله إلى كل فرد فرد منهم ، مثل ما لو وقف على أولاده ونحوهم .

والى هذا التفصيل مال في المسالك أيضاً احتج القائلون بالعموم بأنه وقف

صحيح فيتناول كل من يدخل تحت اللفظ عملاً باطلاقه ، وهو كغيره والفرق ظاهر بين الوقف عليه بالتنصيص ، والأندراج تحت العموم ، ومع الفرق لا يتم القياس ، وأجيب بالمنع من كونه كغيره فان الفرق واضح ، اذ يصح الوقف على غيره دونه ، ولا فرق بين التنصيص والأندراج في الإرادة من اللفظ ، والمطلق ممنوع منه ، ويتسدى جزئياته في المنع .

وأنت خبير بأن المسئلة لعدم النص لا تخلو من شوب الأشكال وان كان ما ذكره العلامة (أجزل الله تعالى اكرامه) لا يخلو من قرب .

ونقل عن الشهيد في بعض فتاويه أنه يشارك ما لم يقصد منع نفسه أو ادخالها واستحسنه في المسالك ، قال : فانه اذا قصد ادخال نفسه فقد وقف على نفسه ، ولم يقصد الجهة ، وإن قصد منع نفسه فقد خصص العام بالنية ، وهو جائز فيجب اتباع شرطه السابق وانما يبقى الكلام عند الاطلاق ، انتهى وهو جيد .

الخامس : اختلف الأصحاب فيما لو شرط الواقف في عقد الوقف عوده اليه عند الحاجة ، والخلاف هنا وقع في موضعين : أحدهما في صحة هذا الشرط وبطلانه ، والمشهور الأول ، بل ادعى المرتضى (رضي الله عنه) الاجماع عليه ، قال : ومما انفردت به الإمامية القول بأن من وقف وقفاً جاز أن يشترط أنه ان احتاج اليه في حال حياته كان له بيعه ، والارتفاع بشمعه ، وبه قال الشيخ المفيد والشيخ في النهاية ، وابن البراج ، وسار ، والمحقق في الشرايع ، والعلامة والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم .

وقيل : بالثاني وهو مذهب ابن ادريس ، مدعياً عليه الاجماع ، والشيخ في المبسوط ، وابن حمزة ، وابن الجنيد ، والمحقق في النافع ، احتج الأولون على ما ذكره في المسالك ، وقبله العلامة في المختلف بالاجماع المنقول في كلام المرتضى وعموم «أو فوا بالعقود» (١) «والمؤمنون عند شروطهم» (٢) وقول العسكري عليه السلام

(١) سورة المائدة - الآية ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

« الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » (١) .

وخصوص رواية اسمعيل بن الفضل (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير ؟ وقال : ان احتجت الى شيء من مالي أو من غلة فأنا أحق به أله ذلك وقد جعله الله ؟ وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل أيرجع ميراثاً أم يمضى صدقته ؟ قال : يرجع ميراثاً على أهله » .

هكذا نقله في المسالك ، قال : والمراد بالصدقة في الرواية الوقف لقرينة الباقي ، ولأن الوقف تمليك المنافع ، فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة ، انتهى .
وعندي ان هذا الاستدلال لا يخلو من تطرق الاشكال ، أما الاجماع فمعلوم مما سبق في غير مقام ، ولا سيما مع مقابلته هنا بالاجماع الذي ادعاه ابن ادريس ، واجماعات المرتضى (رضي الله عنه) فيما انفرد به من الأقوال كثيرة ، وبه يظهر ضعف الاستناد إليه في جميع الأحكام كما تقدم تحقيقه ، وأما عموم « أو فوا بالعقود » والمؤمنون عند شروطهم « ففيه أنه لا ريب أن العقد كما يطلق على الصحيح ، يطلق على الفاسد ، وكذلك الشرط ، فيقال : عقد صحيح ، وعقد فاسد ، وشرط صحيح وشرط فاسد ، ولا جائز أن يأمر الشارع بالوفاء بالعقد الفاسد ، ولا بالشرط الفاسد ، فالأمر بالوفاء بالعقد والشرط إنما يتوجه إلى العقد الصحيح ، والشرط الصحيح ، ودعوى كون ذلك صحيحاً هنا محل النزاع كما ذكرنا ، فلا يتم الاستدلال .

وبذلك يظهر أن الاستدلال بهذين الدليلين لا يخرج عن المصادرة ، وأما حديث العسكري عليه السلام فقد قدمنا سابقاً أنه لا يجوز الاستدلال به على إطلاقه ، لتناوله للوقوف الباطلة اتفاقاً كالوقف على نفسه ، أو على عبد أو حمل أو نحو ذلك

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٣ .

مما اتفقوا على بطلانه ، فلا بد من تخصيصه بالوقف الصحيح المستكمل لشرائط الصحة ، ودعوى كونه هنا كذلك محل البحث والنزاع ، فيرجع ذلك إلى المصادر أيضاً .

وأما حديث اسماعيل بن الفضل فلا أعرف له دلالة على ما ادعوه ان لم يكن بالدلالة على البطلان أشبه ، وذلك فان كلام السائل قد تضمن السؤال عن شيئين : أحدهما أن هذا الشرط هل يصح أم لا ؟ وإليه أشار قوله في الخبر المذكور «أله ذلك وقد جعله الله» والثاني أنه ما حكمه بعد موت الرجل ، والحال هذه أيرجع ميراثاً أم يبقى وقفاً ، والجواب في الخبر إنما وقع عن الثاني خاصة ، ولا ريب أن رجوعه ميراثاً كما أجاب به عليه السلام كما أنه يصح مع صحة الوقف ، كما ادعوه كذلك يكون صحيحاً مع البطلان ، كما يقوله الخصم ، بل هو أولى بالبطلان ، بل هو الظاهر ، فان أظهر أن الامام عليه السلام جعل هذا الجواب جواباً عن السؤالين معاً ، والا فسكوته عن جواب السؤال الأول من غير وجه يدعوه إليه مشكل ، وحينئذ فحكمه عليه السلام برجوعه ميراثاً متضمن للجواب صريحاً عن السؤال الثاني ، وضمناً عن الأول ، بمعنى أن رجوعه ميراثاً كناية عن كونه لم يخرج عن ملكه في حال حياته ، ويؤيده قوله وقد جعله الله .

وقد تقدم في جملة من الأخبار أن ما جعله الله لارجعة فيه ، وحاصله أنه ليس له الرجوع بما ذكره لكونه قد جعله الله سبحانه ، بل هو باطل في حال حياته وموته ، ورجوعه ميراثاً إنما هو لذلك ، لأن الحكم بصحته في حال الحياة باطل ، بما ستعرفه في حجة القول الثاني .

ونحو هذه الرواية صحيحة اسماعيل الثانية (١) المتقدمة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من أوقف أرضاً ثم قال : ان احتجت إليها فأنا أحق بها ، ثم مات الرجل فانها ترجع ميراثاً ، فان الظاهر أن رجوعها كاشف عن بطلان الوقف في حياته ، وأن

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٥٩ .

رجوعها ميراثاً إنما هو لذلك ، وأما ما ذكره والعلامة (رحمة الله عليه) قبله من قوله ولأن الوقف تملك للمنافع إلى آخره ، فهو في البطلان أظهر من أن يحتاج إلى مزيد بيان ، مضافاً إلى أن بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه التعليقات العلية مجازفة محضة .

استدل القائلون بالقول الثاني على ما نقله في المسالك ، بأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف ، لأن الرقف إذا تم لم يعد إلى المالك على حال ، فيكون فاسداً ويفسد به العقد .

والعجب أنه في المسالك مع تصديه للانتصار للقول المشهور ، والجواب عما أورد على أدلته ظاهرة القصور لم يتعرض للجواب عن استدلال الخصم المذكور ، وكيف يمكنه الجواب عنه ، وهو قد اعترف بذلك في مسألة مالو وقف على غيره ، وشرط قضاء ديونه ، أو إدار مؤنته ، حيث قال : ثمة وإذا شرط الواقف قضاء ديونه أو إدار مؤنته أو نحو ذلك ، فقد شرط ما ينافي مقتضاه ، فيبطل الشرط والوقف ، انتهى .

ولاريب أن مقتضى الوقف الذي ذكره هو عدم العود إلى الواقف بوجه ، وحينئذ فكما أنه يبطله شرط قضاء الديون وإدار المؤنة ، كذلك يبطله اشتراط الرجوع إليه لحاجته وفقره .

وبالجملة فإن الظاهر من الأخبار المتقدمة هو البطلان باسئراط الرجوع بأحد الوجوه المذكورة في مواضع هذه المسئلة ، لبطلان هذه الشروط من الأكل من الوقف ، أو شرط قضاء ديونه ، أو الرجوع عند الحاجة ، لاشتراك الجميع في العلة المقتضية للمنع ، وهو الخروج عن مقتضى الوقف .

قال في المختلف : احتج المانعون بأنه شرط ينافي عقد الوقف ، فيبطل لتضمنه شرطاً فاسداً ، والجواب المنع من منافاة الشرط العقد ، وإنما يكون منافياً لولم يكن الوقف قابلاً لمثل هذا الشرط ، انتهى .

وفيه ما عرفت من ثبوت المنافاة ، قوله وإنما يكون منافياً لو لم يكن الوقف قابلاً لمثل هذا الشرط محض مصادرة ، فان الخصم يدعى أنه غير قابل ، وبما حققناه في المقام يظهر لك أن جميع أجوبتهم عن حجج القول الثاني لا يخرج عن المصادرة ، وأن الأظهر هو بطلان العقد لبطلان الشرط المذكور ، كسابقه من الشروط المتقدمة .

وثانيهما أنه على تقدير القول بصحة العقد كما هو المشهور ، فانه ان حصلت الحاجة ورجع في الوقف ، فانه يجوز الرجوع ، ويبطل الوقف بلاخلاف بينهم ، وانما الخلاف فيما اذا لم يرجع حتى مات ، فهل يبطل الوقف بالموت ؟ لصيرورته قبله بالشرط المذكور حبساً ، فيرجع بعد الموت إلى ورثة الواقف ، أم يستمر الوقف على حاله ؟ قولان : نقل عن الشيخ وجماعة منهم المحقق والعلامة الأول ، عملاً بالرواية المتقدمة وهي صحيحة اسماعيل بن الفضل الأولي ، بناء منهم على دعوى دلالتها على صحة الوقف وعدم بطلانه بمجرد هذا الشرط ، ولكن هذا الشرط حيث كان منافياً للدوام الذي هو من شروط الوقف كان من قبيل الحبس فيبطل بالموت ، وقد عرفت ما فيه ، وأنه لادلالة في الرواية على ما ادعوه .

وقيل : بالثاني وبه صرح المرتضى : (رضي الله عنه) واختاره في المختلف ، قال المرتضى (رضي الله عنه) معترضاً على نفسه في تمة كلامه الاول بأن هذا شرط يناقض كونه وفقاً وحبساً بخلاف غيره من الشروط ، وأجاب بأنه غير مناقض ، لأنه متى لم يختار الرجوع فهو ماض على سبيله ، ومتى مات قبل العود نفذ أيضاً نفوذاً تاماً ، وهذا الحكم ما كان مستفاداً قبل الوقف ، فكيف يكون ذلك نقضاً لحكمه ، وقد بينا أن الحكم باق ، انتهى وهو ظاهر في استمرار صحة الوقف بعد الموت ، قال في المختلف : وهو الوجه عندي وتحمل الرواية على ما اذا رجع .

والتحقيق بالنظر الى ما قدمناه حيث أنه لادليل على الصحة هو بطلان الوقف وأن عوده ميراثاً انما هو من هذه الحيثية ، فلا أثر لهذا الخلاف ، لبطلان الأساس

المبني عليه ، وهو ثبوت الصحة .

وأما جواب المرتضى (رضي الله عنه) عن الاعتراض الذي أورده على نفسه بأنه متى لم يختَر الرجوع فهو ماضٍ على سبيله إلى آخر ما ذكره ، ففيه أن المناقضة لا ترتب على اختياره الرجوع ، ووقوع الرجوع بالفعل بل المناقضة حاصلة بمجرد هذا الشرط ، وذكره في العقد ، حيث أن مقتضى العقد هو عدم الرجوع في الموقوف عليه بعد الوقف ، ومقتضى الشرط هو الجواز للمناقضة حاصلة ، وبها يجب الحكم ببطالان الشرط ، وببطالانه يبطل العقد ، وهذا هو دليلهم على بطلان العقد فيما لو شرط قضاء ديونه ، أو ادار مؤنته ، كما عرفت من عبارة المسالك المتقدمة وبه يظهر لك ما في جوابه (قدس سره) من الضعف ، وإن جحد عليه العلامة في المختلف حيث أنه موافق لما اختاره والله العالم .

المسئلة الخامسة : في جملة من الشروط زيادة على ما تقدم : منها ما لو شرط ادخال من يريد مع الموقوف عليهم ، وقد صرحوا بالجواز ، سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم ، وعللوا ذلك بأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف ، فإن بنائه على ادخال من سيوجد ، ومن سيولد من الموجودين وقت الوقف ، واشتراط ادخال من يريد ادخاله في معناه بل أضعف ، لأنه قد يريد ، فيكون في معنى اشتراط دخوله ، وقد لا يريد فيبقى الوقف على أصله ، فإذا جاز الأول اتفاقاً جاز الآخر كذلك أو بطريق أولى .

قالوا : وما يقال - من أن ادخال من يريد يقتضي نقصان حصة الموقوف عليهم فيكون إبطالاً للوقف في ذلك البعض - غير قادح ، لأن ذلك وارد في شرط ادخال المولود ونحوه ، ولأن العقد لما تضمن الشرط لم يكن للموقوف عليه حق الإمطابقاله ، فلا يتغير ، ولأن الوقف لازم في حق الموقوف عليه في الجملة ، وإنما المختلف الحصة ، وذلك غير قادح ، كما لو وقف على بطون فزادت تارة ، ونقصت أخرى .

أقول : ويمكن الاستدلال على أصل المسئلة بالأخبار الآتية في المقام الدالة

على جواز الادخال من غير شرط ، كصحيحة علي بن يقطين (١) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ، ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال : لا بأس بذلك » ونحوها غيرها مما سيأتي إن شاء الله تعالى في المسئلة .

والتقريب فيها أنه اذا جاز الادخال من غير شرط كما هو مدلول الأخبار المذكورة فمع الشرط بطريق أولى .

وكيف كان فالمسئلة لا تخلو من شوب الاشكال ، لعدم النص الواضح في هذا المجال ، وما ذكره من التعليل لا يصلح لتأسيس حكم شرعي كما عرفت في غير موضع ، وما ذكرنا من الأخبار غير خال من الأشكال كما سيأتي إن شاء الله تعالى بيانه والله العالم .

ومنها - ما لو شرط اخراج من يريد ، وقد صرحوا هنا ببطلان الوقف ، قال في المسالك : وهو عندنا موضع وفاق ، ثم علله زيادة على ذلك بأن وضع الوقف على اللزوم ، وإذا شرط اخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافياً لمقتضى الوقف ، إذ هو بمنزلة الخيار ، وهو باطل ، انتهى .

وهو جيد إلا أن فيه رداً عليه فيما اختاره من صحة الوقف مع اشتراط عوده إليه ، عند الحاجة ، فإنه لا يخفى أن اللزوم الذي هو وضع الوقف عليه كما يعتبر من جهة الموقوف عليه ، بحيث لا يجوز اخراج بعضهم ، كذلك يعتبر من حيث حبس الوقف عليهم ، فلا يجوز للواقف الرجوع إليه بوجه ، خصوصاً مع اقترانه بالقرب ، كما قدمنا بيانه من اشتراط الوقف بذلك ، وقد تكاثرت الأخبار بأن ما كان لله تعالى فلا رجعة فيه .

ومنها ما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد ، والمشهور هنا البطلان ، بل ادعى عليه الشيخ الأجماع ، وذهب العلامة في التذكرة إلى صحة

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ١ .

الشرط المذكور ، مدعياً عليه الاجماع ، وفي القواعد استشكل الحكم بالبطلان ، ومنشأ الاستشكل المذكور كما ذكره في المسالك من بناء الوقوف على الزوم ، فإذا شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى غيره فقد شرط خلاف مقتضاه ، فيبطل الشرط والعقد ، ومن عموم (١) « المؤمنون عند شروطهم » وقول العسكري عليه السلام (٢) المتقدم ذكره « من أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » وأنه يجوز الوقف على أولاده سنة ، ثم على المساكين .

أقول : قد عرفت ضعف الوجه الثاني من الاستدلال بالخبرين المذكورين وأما جواز الوقف على أولاده سنة ثم على المساكين ، فصحته متوقعة على قيام دليل عليه ، ومع تسليم صحته ، فوجه الفرق ظاهر ، لأن مقتضى ما نحن فيه هو أنه بالوقف عليهم يلزم بقاءه ما وجدوا كما هو مقتضى الوقف ، وشرط النقل مناف له ، وأما الوقف على أولاده سنة فليس كذلك ، لأنه إنما وقف عليهم مدة معينة ، فلا ينافيه التعقيب بالوقف على المساكين

وبما ذكرنا يظهر لك ما في دعواه في التذكرة الاجماع على الصحة ، مع استشكله في القواعد ، وأما ما قيل في تعليل الصحة - زيادة على ما ذكر - من أنه يصح الوقف باعتبار صفة للموقوف عليه كالفقير ، فإذا زالت انتقل عنه إلى غيره ان شرط ، وهو في معنى النقل بالشرط ، ونقل عن الدروس انه استقر به .

ففيه أولاً ما عرفت في غير موضع من أن بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه الاعتبار الوهمية - والتخريجات العقلية ، مع استفاضة الآيات والاختبار بالمنع من القول بغير علم ودليل واضح من كتاب أو سنة - مجازفة محضة في الأحكام الشرعية ، نسئل الله سبحانه المسامحة لنا ولهم من زلل الأقدام ، وهفوات الأقلام .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ٢ .

وثانياً أنه مع الاغماض عن ذلك فوجه الفرق بين الموضوعين ظاهرهما قدمناه في التنبيه الرابع من المسئلة السابقة (١) ، وملخصه أن الوقف على الفقراء إنما هو وقف على الجهة كالوقف على المساجد ، والوقف هنا ينتقل إلى الله تعالى ، ويشترك فيه كل من اتصف بذلك العنوان حتى الواقف نفسه ، فلا يحصل هنا نقل عن الموقوف عليه ، لأنه ليس ثمة موقوفاً عليه ، وإنما يصير مراعاةً بقاء الصفة المذكورة من الفقر ونحوه ، فإذا زالت كان في حكم موت الموقوف عليه ، بخلاف ما نحن فيه ، فإنه بالوقف عليه يصير ملكه ، ونقله عنه بالاختيار منافع لتمليكها له بالوقف ، وبذلك يظهر لك أن الحق هو بطلان الوقف بهذا الشرط والله العالم .

ومنها ما لو وقف على أولاده الأصغر ، فإنه يجوز أن يشرك معهم غيرهم بالشرط في العقد ، والظاهر أنه لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في أنه هل يجوز مع عدم الشرط أم لا ؟ المشهور الثاني ، وقال الشيخ في النهاية بالأول ، قال : إذا وقف على ولده الموجودين وكانوا صغاراً ثم رزق بعد ذلك أولاد جاز أن يدخلهم معهم فيه ، ولا يجوز أن ينقله عنهم بالكلية اليهم ، ووافقه ابن البراج ، إلا أنه قيده بعدم قصره على السابقين ، قال : الوقف يجب أن يجري على ما يقفه الواقف ، ويشترط فيه ، وإذا وقف على ولد موجود وهو صغير ، ثم ولد له بعده غيره ، وأراد أن يدخله في الوقف مع الأول كان جائزاً ، إلا أن يكون قد خص الولد الموجود بذلك ، وقصره عليه ، وشرط أنه له دون غيره ممن عسى أن يرزقه من الأولاد ، فإنه لا يجوز له أن يدخل غيره في ذلك .

والاختلاف في هذه المسئلة ناش من اختلاف الأخبار فيها ، فمما تدل على القول المشهور صحيحة علي بن يقطين (٢) عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته

(١) ص ١٦٣

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ١

ج ٢٢ في ادخال من سيوجد من الولد مع أولاده الموقوف عليهم ١٧٣

عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم ، أنه أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقته ؟ قال : ليس له ذلك إلا أن يشترط أنه من ولده فهو مثل من تصدق عليه فذلك له .

ويؤيدها رواية جميل (١) « قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار ، أنه أن يرجع فيها قال : لا ، الصدقة لله ، والتقريب فيها أن ادخال الغير نوع من الرجوع فيها ، وفيه ما فيه .

ومما تدل على القول الآخر صحيحة علي بن يقطين الأخرى (٢) قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ، ثم يبدوله بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ، قال : لا بأس بذلك .

ورواية محمد بن سهل عن أبيه (٣) « قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدوله بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ؟ قال : لا بأس به .

وصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج (٤) « عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدوله أن يجعل معهم غيرهم من ولده ؟ قال : لا بأس .

ومارواه في كتاب قرب الأسناد عن عبدالله بن الحسن (٥) عن علي بن جعفر « عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل تصدق على ولده بصدقة ثم بداله أن يدخل غيره فيه مع ولده يصلح ذلك ؟ قال : نعم ، يصنع الوالد بما له ولده ما أحب . وأنت خير بأن ايراد الأصحاب هذه الأخبار في هذا المقام دليل على فهمهم

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٨ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٣٦ ح ٢١ و ص ١٣٥ ح ١٩ .

(٥) قرب الاسناد ص ١١٩ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٠١

ح ١ و ٢ و ٣ و ص ٣٠٢ ح ٥ .

الوقف من اطلاق الصدقة ، ويؤيده ما قدمناه من الأخبار الظاهرة في أن الصدقة في الصدر الأول إنما هي بمعنى الوقف ، واستعمالها في هذا المعنى المشهور بين الفقهاء إنما هو محدث ، وهي بهذا المعنى إنما تدخل في النجس والهبة ، كما في زمنه (صلى الله عليه وآله) .

بقي الكلام في الجمع بين هذه الأخبار ، وهو لا يخلو من الاشكال ، الا أنه يمكن أن يقال : ان رواية جميل فالظاهر أنه لادالة فيها على ما نحن فيه ، ولا تعلق لها به ، إذ المتبادر من الرجوع في الصدقة إنما اخراجها عما فعله ، وجعلها ملكاً ، كما كان أولاً ، فلا يكون من محل البحث في شيء ، وكذا صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج ، فانها غير صريحة بل ولا ظاهرة في محل البحث ، لأن جعله لولده أعم من أن يكون بطريق لازم ، أم لا كالوصية به ، أو الصدقة مع عدم القرية ، فيمكن حمله على أحد الوجهين المذكورين ، ولا يكون من محل البحث في شيء .

وأما صحيحة علي بن يقطين الأولى ، فهي معارضة بصحيحة الثانية ، وجمع بينهما في المسالك بأمرين أحدهما حمل الصحيحة الأولى على ما إذا قصر الوقف على الأولين ، كما ذكره القاضي ابن البراج فيما قدمنا من نقل عبارته ، ويشعر به قوله بعد أن أبانهم ، فتحمل الثانية على ما لو لم يشترط ذلك كما يدل عليه اطلاقه ، وثانيهما حمل النفي في الأولى على الكراهة ، ثم قال : وكلاهما متجه ، الا أن الأول من التأويلين أوجه .

أقول : الذي يخطر ببال العليل ويختلج بفكري الكليل إن ما ذكره من التأويل الأول الذي استوجهه وجعل عليه المعول لا يخلو من خدش ، وذلك فانه متى حمل الخبر على ما ذكره من قصر الوقف على الأولين ، مع أنه عليه السلام قال : في الجواب ليس له ذلك الا أن يشترط أن من ولد له فهو مثل من تصدق عليه ، فاللازم من ذلك هو عدم التعرض لحكم الاطلاق في الرواية ، مع أنه محل البحث ،

ج ٢٢ في أن مقتضى القاعدة عدم جواز ادخال غير الموقوف عليهم معهم ١٧٥

وموضع الخلاف المحتاج إلى الدليل ، لأن حاصل معنى الخبر على ما ذكره أنه متى قصر الوقف على الأولين فليس له أن يدخل معهم غيرهم إلا أن يشترط الادخال ، يعنى بأن لا يقصره عليهم ويشترط ، فيكون الاستثناء منقطعاً ، فالمعلوم منه إنما هو حكم ما لو قصره عليهم ، فانه لا يجوز الادخال ، وحكم ما لو اشترط فانه يجوز الادخال ، والحكمان مما لا خلاف فيهما ولا اشكال ، وأما لو لم يقصر الحكم عليهم ولا اشترط الادخال فحكمه غير معلوم من الخبر ، وهو محل البحث كما عرفت ، ومحتاج إلى الاستدلال .

وما ذكره (قدس سره) معنى قريب في الخبر ، الا أنه يخرج به عن محل البحث كما عرفت ، وتبقى صحبته الأخرى خالية من المعارض ، فان ظاهرها الاطلاق ، بمعنى أنه تصدق ولم يقصر ولم يشترط وقد أجاب ^{بالتلخيص} بأنه لا بأس بالادخال ، والحال هذه ونحوها الروايات الأخرى ، وعلى هذا يبقى القول المشهور عارياً عن الدليل ، لأن دليله كما عرفت منحصر في الروايتين المذكورتين ، وهما صحيحة علي بن يقطين الأولى ، ورواية جميل ، وقد عرفت مافيها .

ومنه يظهر قوة قول الشيخ في النهاية ، لدلالة الروايات الباقية عليه ، الا أنه يبقى الاشكال في هذا القول ، ورواياته ، فان مقتضى الوقف اللزوم ، حيث أنه من العقود اللازمة متى تمت شرائطه ، وقضية اللزوم تمنع جواز الادخال ، ولهذا حمل الشيخ وغيره خبر محمد بن سهل عن أبيه على عدم القبض ، وهذا الحمل يجري أيضاً في صحيحة علي بن يقطين الثانية ، ورواية قرب الاسناد ، وأما رواية عبد الرحمن بن الحجاج المذكورة في عداد هذه الأخبار فقد عرفت مافيها ، وعلى هذا فيمكن حمل صحيحة علي بن يقطين الأولى على ما إذا قبضهم ، ولعل المراد بالابانة في الخبر المذكور ذلك ، بمعنى أنه متى أبانهم بالوقف وأقبضهم أياه فليس له الادخال إلا مع الشرط في أصل العقد ، وعلى هذا تجتمع الأخبار المذكورة .

وبالجمله فالمسئله غير خاليه من الاشكال ، وان كان القول المشهور هو الأوفق بالقواعد الشرعيه ، من حيث اقتضاها لزوم الوقف بالعقد ، وأما الاستدلال على ذلك بشيء من هذه الأخبار ففيه ما عرفت من تعدد الاحتمال في الصحيحه التي هي أظهر ما استدل به على القول المذكور ، وأما غيرها فقد عرفت ما فيه ، وغايه ما استدل به العلامة في المختلف لذلك قول العسكري عليه السلام المتقدم ، وقد تقدم ما فيه ، وروايه جميل المتقدمه ، وقد عرفت ما فيها ، والله العالم .

المطلب الثالث في شرائط الموقوف :

يشترط فيه أن يكون عيناً مملوكة ، يصح الانتفاع بها مع بقائها ، ويصح قباضها ، والكلام هنا في مواضع :

الاول : أن يكون عيناً ، والمراد بالعين ما لم يكن ديناً ولا منفعة ولا مبهماً ، لأن العين تطلق في مقابله كل من هذه الثلاثة ، فأما الوجه في عدم صحة وقف الدين ، فلأن الوقف كما تقدم عبارة عن تحسيس الأصل وتسبيل المنفعة ، وذلك يقتضى أمراً موجوداً في الخارج يحكم عليه بذلك والدين في الذمة أمر كلي لا وجود له في الخارج ، فيكون وقفه قبل التعيين من قبيل وقف المعدم ، ومن ثم منعوا من جواز هبة الدين لغير من هو عليه لذلك ، كذا قالوا والأظهر في تعليل ذلك انما هو ما تقدمت الاشارة اليه سابقاً من أن الوقف يقتضى نقل الوقف الى الموقوف عليه ، فيجب الوقوف فيه على ما علم من الشارع كونه ناقلاً ، وما علم كونه قابلاً للانتقال بذلك ، ولم يعلم من الأخبار تعلق الوقف بالديون ونقلها به ، والأصل العدم الى أن يثبت الدليل على ذلك ، وإنما علم منه العين خاصة ، وأما الوجه في عدم جواز وقف المنفعة فعلم بأن وقفها مناف للغايه المطلوبه من الموقوف ، وهي الانتفاع بها مع بقاء عينها ، والانتفاع بالمنفعة يستلزم استهلاكها شيئاً فشيئاً ، ولجواز التصرف في العين ، لأنها لم يتعلق

بها الوقف ، ففتبعها المنفعة فيفوت الغرض من الوقف ، والأظهر عندى في الاستدلال هو ما تقدم ذكره ،

وأما الوجه في عدم الجواز في وقف المبهم سواء استند الى معين كفرس من هذه الأفراس ، أم الى غير معين كفرس بقول مطلق فلأن مرجع ذلك الى أمر كلي غير موجود في الخارج كما تقدم في الدين ، وانما يتعين بالتعيين ، والأظهر هنا أيضاً هو الرجوع الى الدليل المتقدم ، وانما صرنا الى مخالفة الأصحاب في هذه الأبواب فيما هنا وما سلف في غير باب ، لما عرفت من أن الأحكام الشرعية لا تبنى على مثل هذه التعليقات العقلية ، وانما تبنى على الأدلة الشرعية وأصالة العدم قاعدة كلية واضحة جلية ، لا نزاع فيها ولا شبهة تعترىها ، إذ لا تكليف إلا بعد البيان ، ولا مؤاخذه إلا بعد اقامة البرهان كما هو مسلم بين جملة العلماء الأعيان ، فالعلمة في الجميع انما هو ما ذكرناه ، ويخرج ما ذكره من التعليقات شاهداً وجهاً لما ذكرناه .

الثاني : أن تكون مملوكة وهو اما بمعنى صحة تملكها بالنظر الى الواقع فما لا يصح تملكه لا يصح وقفه ، فلا يصح وقف الحر ولو رضى بذلك ، ولا يصح وقف الخمر والخنزير من المسلم على مسلم أو كافر ، ويصح من الكافر على مثله كما صرحوا به ، ويصح وقف الكلب المملوك ، قال في المسالك : والمراد بالمملوك أحد الكلاب السبعة .

أقول : لا أعرف من الكلاب المذكورة سوى كلب الصيد ، و كلب الماشية و كلب الزرع ، و كلب الحائط ، و كلب الدار ، هذا هو المصرح به في كلامهم ، وقد تقدم في المقدمة الثالثة من المقدمات المذكورة في صدر كتاب التجارة (١) تحقيق ما يملك وما لا يملك منها ، وبيننا هنا أن المستفاد من الأخبار هو بيع كلب الصيد خاصة ، ولهم فيما عداه اختلاف وأقوال قد قدمنا نقلها ثمة .

وبما ذكرنا يظهر أنه لا يجوز وقف شيء من الكلاب إلا كلب الصيد لأنها غير مملوكة ، والذي ثبت تملكه منها إنما هو هذا الفرد خاصة ، ومجرد أن لها منفعة لا يكفي في صحة وقفها مع كونها غير مملوكة ، ولو صح تملكها لصح بيعها فكما امتنع البيع لعدم دخولها في الملك امتنع الوقف لذلك ، وقد عرفت أن المعلوم من الأخبار هو بيع الصيد بخصوصه .

وأما بمعنى كونه ملكاً للواقف بالفعل فلولم يكن كذلك لم يصح وقفه ، وعلى هذا لا يصح الوقف فضولاً وإن أجاز المالك كما هو أحد القولين في المسئلة وقيل : يصح باجازه المالك ، وتوقف في التذكرة والدروس .

وكلمانهم في هذا المقام علية لا تصلح لتأسيس الأحكام ، وقد عرفت في كتاب البيع (١) بطلان التصرف الفضولي بيعاً كان أو وفقاً أو غيرهما ، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه وهو قبض عقلاً ونقل ، وقد مرّت الروايات المصرحة بذلك .

وقال شيخنا الشهيد الثاني في الروضة : إن أريد بالمملوكة صلاحيتها بالنظر الى الواقف ، فهو شرط الصحة ، وإن أريد به المالك الفعلي فهو شرط للزوم ، والأولى أن يراد به الأعم ، انتهى ملخصاً .

أقول : هذا التفصيل مبني على مذهبه ، وقوله بصحة العقد الفضولي ، وأما على ما اخترناه من القول ببطلانه فالأمر واحد ، وهو أنه شرط في الصحة في كلا الاحتمالين وما ذكره من أن الأولى أن يكون المراد به الأعم جيد ، إذ كما لا يصح بالنسبة الى ما لا يصح تملكه ، كذا لا يصح بالنسبة الى ما لا يملكه بالفعل .

الثالث : أن يصح الانتفاع بها مع بقائها ، ولأرب أنه يجب أن يكون لذلك العين نفع محلل مع بقائها فلو وقف ما لانفع فيه بالكلية ، أو كان الانتفاع به محرماً ، أو كان الانتفاع موجباً لذهاب عينه كالخبز والفاكهة والطعام بطل ، ولا يشترط في الانتفاع كونه في الحال : فيصح وقف العبد الصغير والدابة الصغيرة ،

ولا يشترط كون العين مما تبقى مؤبداً فيصح وقف العبد والثوب وأثاث البيت والقفار ، وضابطه ما عرفت من أنه ما يصح الانتفاع به منفعة محللة مع بقاءه ، والتأيد المشتراط في الوقف إنما هو بمعنى دوامه بدوام وجود العين الموقوفة .

الرابع : أنه لا بد من اقباضها لما تقدم من أن شرط صحة الوقف القبض ، فلو لم يحصل القبض بطل ، فلا يجوز وقف الآبق ، ونحوه البعير الشارد ، قيل : ويشكل بأن القبض المعتبر في صحة الوقف ليس بفوري ، وحينئذ فلامانع من وفوق الصيغة صحيحة ، وصحة الوقف مراعاة بقبضه بعد ذلك وإن طال الزمان ، فإن تعذر بطل ، وهذا بخلاف البيع ، فإنه معارضة من الجانبين ، وشرطه إمكان تسليم العوضين في الحال بالنص ، فلا يتعدى إلى غيره ، للأصل ، ولوقدر الموقوف عليه على تحصيله للأولى الصحة ، لزوال المانع ولا عبرة بالضميمة هنا ، لأن شرط الوقف القبض ، ولا يكفي قبض بعض الموقوف ، وهو هنا الضميمة عن الباقي ، وعلى هذا فين حكم البيع والوقف بالنسبة إلى الآبق عموم وخصوص من وجه ، انتهى وهو جيد .

الخامس : هل يجوز وقف الدنانير والدراهم أم لا ؟ قولان : مبنيان على وجود المنفعة لهما مع بقاء عينهما وعدمه ، ونقل في المبسوط الإجماع على المنع من وقفهما إلا من شذ ، وقد تقدم تحقيق البحث في ذلك في كتاب العارية (١) وأوضحناه بالأخبار الواردة عنهم ^{عليهم السلام} حصول المنافع منهما مع بقاء عينهما ، فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه والله العالم .

الحاق :

الظاهر أنه لا خلاف ولا إشكال في صحة وقف المشاع كغيره مما كان متميزاً ، والقبض موقوف على إذن الواقف والشريك ، وتدل على ذلك جملة من

الأخبار وإن كانت بلفظ الصدقة ، لما عرفت آنفاً من التعبير بهذا اللفظ عن الوقف وأن أكثر استعماله قديماً إنما هو في هذا المعنى .

ومنها صحيحة الحلبي (١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ؟ قال : يجوز ، قلت : أ رأيت إن كان هبة ؟ قال : يجوز » .

ورواية أبي بصير (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن صدقة مالم تقسم ولم تقبض ؟ فقال : خائزة إنما أراد الناس النحل فأخطأوا » .

قوله صدقة مالم تقسم ولم تقبض ، يعنى ما كان مشتركا قبل القسمة ، أو اشتراه مثلاً ولم يقبضه ، أو لم يقبضه بعد القسمة ، وأما قوله « وإنما أراد الناس إلى آخره » فهو لا يخلو من خفاء وغموض ، واحتمل فيه بعض الأصحاب احتمالات بعيدة ، إلا أنه من المحتمل قريباً بمعونة ما قد مناه في الأمر التاسع من المسئلة الثالثة أن المراد إنما أراد الناس من لفظ الصدقة في مثل صدقة الدار النحلة والهبية أخطأوا في ذلك ، بل المراد به الوقف ، كما يشير إليه قوله عليه السلام فيما قدمنا أن الصدقة محدثة ، إنما كانت النحلة والهبية وتسمية بعض أفرادها ، هو ما كان مقروناً بالقرية صدقة ، محدث من العامة ، وإنما الصدقة معنى الوقف .

ومنه يعلم أن التقسيم الذي ذكره أصحابنا هنا من الوقف والصدقة والهبية ، إنما هو من العامة تبعهم فيه الأصحاب ، وإلا فليس إلا الوقف المعبر عنه بالصدقة في أخبار هذا الباب والنحلة والهبية ، وهذه الصدقة التي جعلوها قسيماً هنا إنما هي من جملة أفراد النحل والهبات .

وما ذكرناه وإن لم يوافق كلامهم (رضوان الله عليهم) إلا أنه ظاهر الأخبار المذكورة ، وعسى يأتي له مزيد تحقيق إنشاء الله تعالى في باب الهبة والنحلة .

(١) والكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٤ و ص ٣١ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٣

ح ١١ و ص ١٣٥ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ١ و ٢ .

ومنها رواية زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : في الرجل يتصدق بالصدقة المشتركة قال : جائز ، ورواية الفضل بن عبد الملك (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تصدق بنصيب له في دار على رجل قال : جائز وإن لم يعلم ماهو ، والله العالم .

المطلب الرابع في شرائط الواقف :

والمشهور أنه يعتبر فيه البلوغ والعقل ، وجواز التصرف ، والكلام هنا يقع في موضعين : أحدهما - في وقف من بلغ عسراً ، وفيه قولان : استدل على الصحة برواية زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا أتني على الغلام عشرين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق ، وتصدق وأوصى على حد معروف وحق فهو جائز .

والظاهر أن معنى آخر للحديث أن كل ما صنع على وجه المعروف ، فهو جائز . والرواية وإن كان موردها الصدقة ، إلا أن الشيخ وجماعة عدوه إلى الوقف نظراً إلى أنه بعض أفراد الصدقة بالمعنى الأعم .

أقول : ظاهر الخبر كما عرفت أن كل ما صنع على وجه المعروف فهو جائز ، وحينئذ فيدخل فيه الوقف كما عرفت ، ويؤيد الرواية المذكورة موثقة جميل بن دراج (٤) عن أحدهما عليه السلام قال يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ، ووصيته وإن لم يحتلم .

وموثقة الحلبي ومحمد بن مسلم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن صدقة الغلام مالم يحتلم قال : نعم إذا وضعها في موضع الصدقة .

-
- (١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ٤ .
 (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ٣ .
 (٣) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ١ .
 (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ٢ .
 (٥) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ٣ .

قال المحقق في الشرايع وفي وقف من بلغ عشرأ تردد ، والمروي جواز صدقته ، والاولى المنع ، لتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد ، وقال في المسالك بعد ايراد رواية زرادة وقريب منها رواية سماعة : ومثل هذه الأخبار الشاذة المخالفة لاصول المذهب ، بل واجماع المسلمين ، لاتصلح لتأسيس هذا الحكم .

أقول : يمكن أن يقال : ان مادل على الحجر قبل البلوغ والرشد وهو المشار إليه في كلامه في المسالك بأصول المذهب مخصص بهذه الأخبار التي ذكرناها ، ونحوها غيرها مما ورد في الوصية ، كرواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله (١) قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : « وإذا بلغ عشرين جازت وصيته » وفي معناها روايات عديدة في الوصية ، ونسبة جميع هذه الروايات إلى الشذوذ بعيد جداً .

نعم لو كانت المخالفة منحصرة فيما نقله من الروايات لأمكن ما ذكره ، إلا أنك قد عرفت كثرة الأخبار بما يوجب الخروج عن تلك الأصول المذكورة ، فيجب التخصيص ، ولو أنه ناقش بعدم صراحة الرواية في الوقف كما هو المدعى كان كلامه أقرب إلى القبول ، إلا أنك قد عرفت أن اطلاق الصدقة على الوقف شائع ، ذابح في الأخبار ، بل هو الأصل في الاطلاق ، وانما الاطلاق على ما ذكره مستحدث وبما ذكرنا تظهر قوة مذهب إليه الشيخ وأتباعه في هذه المسئلة ، والله العالم .

وثانيهما - أنه صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز للواقف أن يجعل النظر لنفسه في الوقف ولغيره أيضاً ، ولو لم يعين كان النظر إلى الواقف ، أو الموقوف عليه ان قلنا بانتقال الملك إليه ، والا فإلى الحاكم الشرعي ، والذي تدل على الاول الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشروط الا ما حلل حراماً أو حرم حلالاً (٢) « وعلى الثاني - مضافاً إلى عموم مادل على وجوب الوفاء

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ ح ١ و ص ٤٠٤ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٢ ح ١٠ .

و ص ٤٦٧ ح ٨٠ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ٥ .

بالشروط - خصوص التوقيع الخارج من الناحية المقدسة (١) كما تقدم ، وفيه وأما ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لنا حيتنا ضيقة يسلمها من قد يقوم بها ويعمرها ويؤدي من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل ما يبقى من الدخل لنا حيتنا فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيقة قيماً عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره ، الحديث . ويدل على ذلك خبر صدقة فاطمة عليها السلام بحوائطها حيث جعلت النظر فيه لعلي عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين عليهم السلام ثم الأكبر من ولدها روى في الكافي والفتيه والتهذيب عن أبي بصير (٢) وهوليث المرادي بقرينة عاصم بن حميد عنه ، فيكون الخبر صحيحاً .

قال : قال ابو جعفر عليه السلام : ألا أقرئك وصية فاطمة عليها السلام ؟ قال : قلت : بلى ، قال : فأخرج حقاً أو سقياً فأخرج منه كتاباً فقرأه : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصت به فاطمة بنت محمد رسول الله صلى الله عليه وآله أوصت بحوائطها السبعة : العواف ، والدلال ، والبرقة ، والميثب ، والحسني ، والصادقة ، وما لأم ابراهيم إلى علي بن ابي طالب عليه السلام فإن مضى علي إلى الحسن فإن مضى الحسن إلى الحسين فإن مضى الحسين إلى الأكبر من ولدي - شهد الله على ذلك ، والمقداد بن الأسود ، والزبير بن العوام وكتب علي بن أبي طالب عليه السلام .

وقد تقدم ما يدل أن هذه الحوائط كانت وقفاً (٣) ، وكان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يأخذ منها ما ينفق على أضيافه ، وأن العباس خاصم فاطمة عليها السلام فيها بعد موته ، فشهد علي عليه السلام وغيره أنها كانت وقفاً على فاطمة . ومنها حديث وقف علي عليه السلام أمواله التي له في ينبع (٤) وقد تقدم شطر منه

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٨ ح ٥ و ص ٤٩ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٥٠

الفتيه ج ٤ ص ١٨٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ١ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٧ ح ١ و ص ٤٨ ح ٧ التهذيب ج ٩ ص ١٤٥

ح ٥١ و ص ١٤٦ ح ٥٥ ، وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ٢ و ص ٣١٢ ح ٤ .

« وفيه أنه يقوم على ذلك الحسن عليه السلام يأكل منه بالمعروف ، ثم ذكر بعده الحسين عليه السلام ثم من بعده الى من يختاره الحسين عليه السلام ويشق به الحديث ملخصاً » .

ومنها صدقة الكاظم (١) عليه السلام بأرضه ، وقد جعل الولاية فيها الى الرضا عليه السلام وابنه إبراهيم ثم على من بعدهم على الترتيب المذكور في الخبر ، هذا كله مع الشرط لنفسه أو لغيره .

وأما لولم يعين فإنه يبنى القول في ذلك هنا على أنه هل ينتقل الوقف عن الواقف بالوقف أم لا ؟ وعلى الأول فهل ينتقل الى الموقوف عليه مطلقاً ، أو الله سبحانه مطلقاً ، أو للموقوف عليه ان كان على جهة عامة ؟ وعلى الأول والثالث فالنظر لكل منهما ، وعلى الثاني والرابع فالنظر للحاكم ، حيث لا يوجد الخاص ويصير الواقف في ذلك كالأجنبي ، وسيأتي الكلام في تحقيق المسئلة المذكورة ان شاء الله تعالى .

بقي في المسئلة أمور يجب التنبيه عليها ، الاول - متى قلنا ان النظر للواقف ابتداءً أو مع شرطه ، فهل تشترط عدالته أم لا ؟ ظاهر الأصحاب الثاني ، وبه قطع في التذكرة مع احتمال اشتراطها ، لخروجه بالوقف عن المملك ، ومساواته لغيره ، فلا بد من اعتبار العدالة في التولية ، كما تعتبر في غيره .

وعلل العدم بأنه انما نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه ، فيتبع شرطه والمسئلة محل توقف لعدم النص ، أما بالنسبة إلى غيره ممن شرطه في العقد أم لم يشترطه فلا بد من العدالة فيه ، لأعرف خلافاً فيه ، وبدل عليه ما في خبر صدقة أمير المؤمنين (٢) عليه السلام بماله الذي ينبع حيث قال في آخره بعد ذكر الحسن والحسين عليهما السلام كما قدمنا الإشارة اليه ، قال فان حدث بحسن وحسين حدث فان

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٩ ح ٥٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٩ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤ .

الآخر منهما ينظر في بنى علي ، فان وجد فيهم من يرضى بهديه واسلامه وأمانته ، فانه يجعله اليه ان شاء ، وان لم يرفيهم بعض الذي يريد فانه يجعله الى رجل من آل أبي طالب يرضى به ، فان وجد آل أبي طالب قد ذهب كبرائهم ، وذووا آرائهم فانه يجعله الى رجل يرضاه من بنى هاشم ، الحديث .

قالوا : فان لم يكن عدلاً أو خرج عنها خرج عن النظر ، وكان الحكم كما لو أطلق ، ولو عادت العدالة عاد الى النظر ان كان مشروطاً من الواقف ، وإلا فلا ، قالوا : ويشترط فيه مضافاً الى ذلك الأهتمام الى كيفية التصرف كما يعتبر ذلك في الوصي .

الثاني - قد عرفت أنه متى صرح بالنظر للغير صح إلا أنه لا يجب على ذلك الغير القبول ، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار ، لأنه في معنى التوكيل ، كذا صرح به في الدروس .

أقول : كما يحتمل أنه في معنى الوكالة فيترتب عليه ما ذكره ، كذلك يحتمل أنه في معنى الوصية فيجب عليه الاعلام بعدم القبول ، وإلا لزمه القيام بذلك ويمكن ترجيح الأول بأن الأصل عدم الوجوب ، واذا كان الأصل عدم وجوب القبول عليه ابتداء استصحاب الحكم في عدم الاستدامة ، فلا يجب عليه الاستمرار استصحاباً للأصل المذكور ، فاذا رد صار كما لا ناظر له ابتداء فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه ان قلنا بالانتقال اليه ، وكيف كان فالحكم لا يخلو من شوب التردد .

الثالث - الناظر من قبل الواقف على قسمين أحدهما - أن يكون مشروطاً في العقد ، واذا كان كذلك فانه لا يجوز للواقف عزله ، عملاً بوجوب الوفاء بالشروط الا أن يظهر ما يوجب عزله .

وثانيهما - ما لم يكن كذلك ، بأن نصبه بعد العقد بالنظر المتناول فانه يجوز عزله متى شاء ، لانه حينئذ في حكم الوكيل الذي يجوز عزله بعد الوكالة متى أراد .

الرابع - لو شرط للناظر شيئاً من الربيع صح وكان ذلك اجرة عمله ليس له أزيد منه وإن كان أقل من الأجرة وإن أطلق فله مثل أجره عمله .

أقول : إن أريد بالاطلاق هو عدم ذكر شيء معين ، مع ذكر ما يوجب إن له أجره ، فما ذكره جيد ، وإن أريد وقوع العقد خالياً من التعرض لذلك نفياً ولا اثباتاً فما ذكره مشكل ، لأن الوقف قد انتقل بالعقد إلى من عينه الواقف من الموقوف عليه ، وإخراج شيء منه يحتاج إلى دليل ، وليس في العقد ما يدل على ذلك كما هو المفروض ، والنصوص الدالة على جواز جعل الواقف ناظراً للوقف خالية من ذلك ، والظاهر أن الناظر إنما رضي بذلك مجاناً فلا يستحق أجره .

الخامس - قد صرحوا بأن وظيفة الناظر في الوقف العمارة له أولاً ، وتحصيل الربيع وقسمته على المستحق ، وحفظ الأصل والغلة ، ونحو ذلك من مصالحه .

أقول : وقد صرح بذلك في التوقيع المتقدم ذكره وهو المفهوم من اطلاق باقي الأخبار ، ومقتضاه أنه لا يجوز التصرف في شيء من الأعمال المذكورة ، ولا في الغلة إلا بإذنه ، ولو كان التصرف من الموقوف عليه وهو مقتضى اطلاق كلام الأصحاب أيضاً .

قال في المسالك : وفيه اشكال ، من وجهين : أحدهما - ما لو كان الموقوف عليه متحداً ، أما ابتداءً أو لاتفاق ذلك في بعض الطبقات ، فانه مختص بالغلة ، فتوقف تصرفه على إذن الناظر بعيد ، لعدم الفائدة خصوصاً مع تحقق صرفها إليه بأن تكون فاضلة عن العمارة وغيرها مما يقدم على القسمة يقيناً ، نعم لو أشكل الحال توقف على إذنه قطعاً ، لاحتمال أن يحتاج إليها أو إلى بعضها في الأمور المتقدمة على اختصاص الموقوف عليه .

أقول : يمكن الجواب عن ذلك بأنه لا عموم في الأمرين المتقدمين على وجه يشمل ما ذكره من هذه الصورة ، فإن الظاهر من نصب الناظر إنما هو فيما يحتاج إلى النظر والعمل ، مثل التعمير ودفع الخراج ، وقسمة الحاصل بين أربابه

ج ٢٢ في عدم جواز التصرف في الأوقاف العامة إلا بإذن الحاكم ١٨٧

ونحو ذلك ، لامطلقا بحيث يشمل مطلق التصرف ، وإلا لأدى ذلك الى انه لايجوز لأحد من الموقوف عليه بعد القسمة وتميز حصته ، التصرف فيها إلا بأذنه ، مع أنه ليس كذلك اتفاقاً .

وبالجملة فان حكم الغلة فيما فرضه ، حكمها فيما لقسمة الناظر وميزه فكما أنها اختصت بصاحبها في صورة القسمة ، كذلك في صورة الاتحاد ، ثم قال (قدس سره) : وثانيهما - الأوقاف العامة على المسلمين ، ونحوهم التي يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمرة إذا مر بها ، كأشجار الثمار ، فان مقتضى القاعدة أيضاً عدم جواز تصرف أحد منهم في شيء منه ، الا بإذن الحاكم ، ولا يخلو من اشكال وتقويت لكثير من أغراض الواقف ، بل ربما دلت القرينة هنا على عدم ارادة الواقف النظر على هذا الوجه ، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهة العامة ، فكأنه في قوة جعل النظر إليه ، لكن هذا كله لا يدفع الاشكال ، لما تقدم من أنه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد بصير كالأجنبي ، وينتقل الحكم إلى الحاكم ، فلا عبرة بقصده خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعية ، وجعل مثل هذا الاطلاق نظراً لكل واحد في حيز المنع .

وبالجملة فهذه القواعد الشرعية المتفق عليها لاتدفع . بمثل هذا الخيال ، وينبغي أن يقال : ان المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصة ، ويملك حيث لا يجب صرف الثمرة في الأمور المتقدمة على صرفها إلى الموقوف عليه ، وكذا القول في تصرف الموقوف عليه المتحد .

أما المتعدد فلا ، لأن قسمتها وتميز حق كل واحد من الشركاء يتوقف على الناظر ، وحينئذ فيكون كالتصرف في المال المشترك بغير إذن الشريك ، فيستقر في ذمته حصة الشريك من ذلك ، ولم أقف في هذه الأحكام للأصحاب على شيء ، فينبغي تحرير النظر فيه ، انتهى .

أقول . ويمكن الجواب أيضاً بما قدمنا في سابقه ، فانه متى كان الأمر

كما ذكره من أن الغرض من وقفه على المسلمين انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمرة إذا مربها ، فانا لانسلم دخوله تحت القاعدة المذكورة ، لأن ذلك في قوة قوله من شاء أن يأكل من هذه الثمرة ، فهو مأذون ، ومع تسليم التوقف على إذن الحاكم ، فالواجب على الحاكم أيضا أن يأذن إذناً عاماً على حسب ارادة الواقف ومطلوبه ، فلا يتوقف كل فرد فرد من أفراد تلك الجهة الموقوف عليها إلى إذن خاص ، كما ظنه (قدس سره) .

ويؤيد ما قلناه قوله دبل ربما دلت القرينة على عدم ارادة الواقف النظر على هذا الوجه إلى آخره ، وجوابه عن ذلك بأنه لا عبرة بقصد الواقف ذلك بعد رجوع الأمر إلى الحاكم ، حيث انه يصير مع عدم الاشتراط كالأجنبي فلا عبرة بقصده خلاف ما يقتضيه نظر الحاكم ، مردود ، بأننا نجعل هذا القصد من الواقف قرينة على عدم دخول هذا الفرد في الاطلاق ، بمعنى استثنائه من ذلك ، فلا يرجع إليه في هذه الصورة ، على أن ما ذكره من أنه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد كالأجنبي ، وينتقل الحكم إلى الحاكم ، فلا عبرة بقصده خلاف ذلك ، محل منع وكيف لا ، والعقود تابعة للقصود ، ومقتضى القواعد الشرعية هو الوقوف على ما علم منه من القصد صريحاً أو بقرينة أو نحو ذلك وكونه أجنبياً بعد العقد لا يوجب الخروج عما عينه وقصده ، وإنما المراد منه ليس له بعد العقد إحداث شيء على خلاف ما دل عليه العقد ، والنظر الذي انتقل إلى الحاكم الشرعي إنما هو على حسب ما دل عليه العقد ، ولا يجوز له الخروج عن مقتضاه ، وهو قد فرض في صورة الاشكال أنه وبما دلت القرينة هنا على عدم ارادة الواقف النظر على هذا الوجه ، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهة العامة إلى آخره .

وحينئذ فإنه متى كان الأمر كذلك فلا ريب أنه في قوة التقييد للوقف بما ذكر ، والتصريح به ، فكيف تجوز مخالفته والخروج عنه ، ويكون الخروج عنه موافقاً للقواعد الشرعية ، بل الوقوف عليه هو مقتضى القواعد الشرعية ،

والخروج عنه على خلافها ، فتأمل به بعين البصيرة ، وتناوله بيد غير قصيرة ليظهر لك ما في الزوايا من الخبايا ، وكم ترك الاول للآخر كما هو المثل السائر ، وبذلك يظهر أنه لا اثم على الآخذ في الصورتين المذكورتين كما ظنه (قدس سره) ، والله العالم .

المطلب الخامس في شرائط الموقوف عليه :

ويشترط فيه أن يكون موجوداً وله أهلية التملك ، أو تابعاً لموجود كذلك ، وأمكن وجوده عادة ، وكان قابلاً للوقف .

فهنا مسائل : الاولى : الظاهر أنه لا خلاف في بطلان الوقف على المعدم ابتداءً ، ولم أقف على نص في المقام ، الا أنه يمكن أن يقال : مضافاً إلى ظاهر الاتفاق أن الوقف نقل للمنفعة البتة أو العين على أحد الأقوال إلى الموقوف عليه ، والمعدم لا يصلح لذلك .

قالوا : وفي معناه الحمل أيضاً ، لأنه وإن كان موجوداً الا أنه غير صالح للتملك مادام حاملاً ، فإن قيل : انه تصح الوصية له ، وهو نوع تمليك فالجواب الفرق بين الأمرين ، فإن الوقف تمليك في الحال ، فلا بد من قابلية الموقوف عليه للتملك ، والوصية تمليك في المستقبل ، فالتملك فيها مراعاةً بوضعه حياً ، فلومات قبل خروجه حياً بطلت ، ولم يرثها وارثه ، بخلاف مال يخرج حياً ولو لحظة ثم مات ، فانها يكون ميراثاً .

نعم لو ذكر المعدم تبعاً لموجود كما لو وقف على أولاده الموجودين ، ومن سيوجد منهم صح بلا خلاف يعرف ، وكذا لو وقف على لاده ومن سيتجدد منهم ، وهكذا ، أما لو كان التابع ممن لا يمكن وجوده ، كالميت أو لا يقبل الملك كالعبد بطل فيما يخصه ، ولو ذكر المعدم أولاً ثم الموجود كان منقطع الاول ، وكذا نفسه أو الميت أو العبد ، ثم بعده الموجود ، وقد تقدم الكلام ، في ذلك في المسئلة الرابعة

من المطلب الثاني في شرائط الوقف (١) ونقل ما فيها من الخلاف محسراً محققاً ، فلاحاجة إلى إعادته ، ثم انه ينبغي أن يعلم أن عدم صحة الوقف على العبد إنما هو بناء على القول بأنه لا يملك ، أولاً يملك الا فاضل الضريبة مما لا يدخله الوقف ، أما على القول بكونه يملك ، وان كان محجوراً عليه في التصرف ، فانه لا مانع من الوقف عليه ، وبه صرح الأصحاب (رضي الله عنهم) أيضاً قيل : ولا ينصرف الوقف إلى مولا ، لأنه غير مقصود في العقد ، والعقود بالقصود .

أقول : الظاهر أن هذا الكلام خرج في معرض الرد على بعض العامة ، حيث جوز الوقف على العبد ، وجعله مصرفاً إلى مولا ، ولاريب في ضعفه ، لما عرفت من أن العقود تابعة للقصود ، ومولا لم يقصد بالوقف عليه ، فمن أين ينصرف إليه .

تنبيهه :

قد عرفت أن من جملة الشروط في الموقوف عليه أن يكون له أهلية التملك ، ويشكل ذلك بالوقف على المساجد والقناطر ونحوهما ، فانه مما لا خلاف فيه ، مع أن شيئاً منها غير قابل للتملك كما لا يخفى ، والجواب ما صرح به الأصحاب من أن الوقف المذكور في التحقيق إنما هو وقف على المسلمين ، باعتبار بعض مصالحهم ، ولا ريب أنهم قابلون للتملك ، وغايته أنه وقف عليهم باعتبار مصلحة خاصة من مصالحهم ، فكأنه وقف عليهم بشرط صرفه في مصرف خاص ، ومصلحة خاصة ، ولا منافاة فيه .

وربما ظهر من الصدوق المنع من الوقف على المساجد ، لما روى في كتابه مراسلاً (٢) قال : وسئل عنه عن الوقف على المساجد ، فقال : لا يجوز ، فان المجوس اوقفوا على بيوت النار ، وروى فيه وفي التهذيب عن أبي الصحرى (٣)

(١) ص ١٥٥

(٢) الفقيه ج ١ ص ١٥٤ ح ٤٢ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٥٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ ح ٢ .

وهما في الوسائل ج ٣ ص ٥٥٢ ح ١ و ٢ .

« عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل اشترى داراً فبقيت عرصة فبناها بيت غلّة أيوقفه على المسجد ؟ فقال : ان المجوس أوقفوا على بيت النار » .

والمستفاد من الخبرين تعليل المنع بالتشبه بالمجوس ، ولم يتعرض لنقل الخبرين المذكورين أحد من الأصحاب في هذا المقام ، فضلاً عن الجواب عنها ، ويمكن حملهما على الكراهة ، بناءً على أن المفهوم من الأخبار خفة المؤنة في المساجد ، لا كما هو المتعارف في هذه الأزمان من التكاليف الزائدة فيها ، كما لا يخفى ، والله العالم .

المسئلة الثانية : قد اختلف الأصحاب (رضي الله عنهم) في الوقف على الكافر وقد اضطرب كلامهم في هذا المقام ، ف قيل : بالجواز مطلقاً ، والمنقول عن الشيخين (عطر الله مرقديهما) أنهما منعا من وقف المسلم على الكافر ، إلا أن يكون من الأقارب سواء كان الأبوين أو غيرهما من ذوى الأرحام ، وبه قال أبو الصلاح وابن حمزة ، وعن سائر وابن البراج الحكم بالبطلان مطلقاً وان كان من الابوين .

واضطرب كلام ابن ادريس فقال : يصح وقف المسلم على والديه الكافرين دون غيرهما من الأهل والقربات وغيرهم ، لقوله تعالى (١) « وصاحبهما في الدنيا معروفاً » وأما غيرهما فلا يجوز وان كان قريباً ، لأن شرط الوقف القرابة ، ولا يصح التقرب إلى الله تعالى بالوقف على الكافر ، ونسب كلام الشيخ في النهاية من صحة الوقف على الأقارب ، إلى أنه خبر واحد أورده بلفظه إيراداً لا اعتقاداً ، كما أورد غيره ، إلى أن قال : والأولى عندي أن جميع ذوى أرحامه من الكفار يجرون مجرى أبويه الكافرين في جواز الوقف عليهم ، لحنه (صلى الله عليه وآله وسلم) بصلة الأرحام (٢) قال : وبهذا أفتى ، ثم أمر بلحظه وتأمله ، ثم نقل بعد ذلك بكلام طويل عن الشيخ في الخلاف أنه يجوز الوقف على أهل الذمة إذا كانوا

(١) سورة لقمان - الآية ١٥ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ١٠ ح ٣ ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٦ ح ٢ .

أقاربه ، ثم قال : وقد قلنا ما عندنا في هذه المسئلة أنه لا يجوز الوقف على الكفرة إلا أن يكون الكافر أحد الأبوين ، لأن من صحة الوقف وشرطه نية القرية ، انتهى . واضطرابه ظاهر ، وحينئذ ففى المسئلة أقوال أربعة : الأول - الجواز مطلقاً ، واستدل عليه بالعمومات ، مثل «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (١) ، «ولكل كبد حراء أجر» (٢) ، وقوله تعالى «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم بالموددة» (٣) . الثاني - المنع ، واستدل عليه بقوله عز وجل «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم» (٤) ، الآية . الثالث - تخصيص الجواز بالأرحام ، ومستنده الجمع بين ما ذكر وبين الأخبار الدالة على وجوب صلة الأرحام (٥) .

والرابع - التخصيص بالأبوين ، ووجه ما ذكر مضافاً إلى قوله تعالى «ووصينا الإنسان بوالديه أحسانا» (٦) ، وقوله «وصاحبهما في الدنيا معروفاً» (٧) ، فيجب الجمع بين الأدلة مما دل على المنع ، ومما دلت عليه هذه الأدلة بالتخصيص بالأبوين .

والمفهوم من كلام المتأخرين كالمحقق وغيره تقسيم الكافر إلى حربي وذمى ،

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ٥٧ ح ٢ و ص ٥٨ ح ٦ وفيه «أفضل الصدقة أبراد كبد حرى» الوسائل ج ٦ ص ٣٣٠ ح ٢ و ص ٢٨٤ ح ٢ .

(٣) سورة الممتحنة - الآية ٨ .

(٤) سورة المجادلة - الآية ٢٢ .

(٥) الكافي ج ٤ ص ١٠ باب الصدقة على القرابة ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٦ الباب ٢٠ .

(٦) سورة الاحقاف - الآية ١٥ .

(٧) سورة لقمان - الآية ١٥ .

والقول في الأول بالمنع مطلقاً ، والخلاف في الثاني بهذه الأقوال الأربعة ، فمحل هذه الأقوال عندهم إنما هو الذمي .

ويشير إلى ما ذكرنا أن المحقق في الشرايع قال : ولا يقف المسلم على الحربي وإن كان رحماً ، ويقف على الذمي وإن كان أجنبياً ، وشيخنا الشهيد الثاني في الشرح نقل الأقوال الأربعة في الذمي ، ثم قال : وأعلم أنه لم يرد في عبارات المتقدمين إلا الوقف على الكافر غير المبسوط ، فإنه صرح بالذمي ، ولعل مرادهم ذلك يعني لعل مراد الأصحاب بالكافر الذي أطلقوه وجعلوه محل البحث والخلاف في المسئلة هو الذمي ، دون الحربي .

واختار في المسالك المنع في الحربي مطلقاً ، كما هو مذهب المصنف ، وظاهره أيضاً الميل إلى قوله في الذمي ، حيث قال بعد نقل الأقوال الأربعة المتقدمة : وكيف كان فالقول بالمنع مطلقاً ضعيف ، وقول المصنف لا يخلو من وجه . إذا عرفت ذلك فاعلم أنني لم أقف في النصوص على ما يدل على حكم الوقف على الكافر ذمياً كان أو غيره ، ونسبة ابن ادريس في رده على الشيخ في النهاية ما ذكره في النهاية إلى أنه خبر واحد أورده الشيخ إيراداً لا اعتقاداً ، ربما اشعر بوجود خبر بذلك ، إلا أنه لم يصل إلينا كما عرفت .

نعم يبقى الكلام فيما ذكر من العمومات التي ذيلت بها الأقوال المتقدمة وهي أيضاً غير خالية من الاشكال ، سيما الآيات المذكورة ، فإن الآية التي استدل بها على الجواز مطلقاً ، ظاهرة في ذلك حتى قال أمين الاسلام الطبرسي - في تفسيرها من كتابه مجمع البيان على ما نقله عنه بعض الأعيان بعد كلام في البين :- والذي عليه الاجماع أن بر الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة ليس بمحرم ، وإنما الخلاف في إعطائهم مال الزكاة والفقرة والكفارات ، فلم يجوز أصحابنا ، وفيه خلاف بين الفقهاء ، وهو كما ترى صريح في دعوى الاجماع على جواز برهم ، والوقف من جملة ذلك ، فالآية كما ترى دليل ظاهر

على القول المذكور .

وأما الاستدلال بحديث الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ، فقد عرفت آنفاً ما فيه ، والحديث الذي بعده ، وإن لم يكن ظاهراً في الدلالة ، إلا أنه صالح للتأييد .

وأما الآية التي استدلت بها على المنع مطلقاً فهي ظاهرة الدلالة أيضاً على القول المذكور ، وفي معناها قوله عز وجل (١) « يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة ، وقد كفروا بما جاءكم من الحق » الآية وهما صريحتان في النهي عن مودة الكافر ، ولا ريب أن الوقف عليه إنما ينشئ من المحبة والمودة ، وهو مؤكد لها ، والحال أنه منهي عن المودة التي نشأ منها الوقف ، وتأكد بها ، فيكون منهياً عنه أيضاً بالطريق الأدلي .

نعم لا يخفى أن الآية الأولى وإن دلت على الجواز مطلقاً إلا أنه يدفعها بالنسبة إلى الحربي أولاً للقول باشتراط القرابة في الوقف ، وقد عرفت أنه مذهب جملة من الأصحاب (رحمهم الله) فإنه مقتضى الأدلة ، والتقرب إلى الله تعالى بصلته مع نبيه سبحانه عن مودته لا يجتمعان .

وثانياً حل أمواله للمسلمين ، فإن مال الحربي فيء للمسلمين يصح أخذه وبيع ، وهو ينافي صحة الوقف عليه ، والمعارضة كما ترى حاصلة بين الآية المستدل بها على الجواز ، وبين ما ذكرناه ، ولم يظهر لي وجه يجمع به بينهما ، وبذلك يزيد الاشكال .

ومن ثم أنه في المسالك رجح القول بالمنع في الحربي ، والجواز في الذمي ، لكن الواجب عليه كان أن يجيب عن الآية الدالة على الجواز مطلقاً ، مع أنه لم يتعرض لذلك ، إلا أنه خص آية الجواز بالذمي كما أشرنا إليه آنفاً ، من أنه جعل الأقوال الأربعة في الذمي خاصة ، والآية كما ترى أعم ، بل صريح أمين الاسلام

الطبرسى كما عرفت هو كونها في الحربى ، وربما قيل : بأن النهي عن المودة في تلك الآية إنما هو من حيث المحادة ، فلا ينافيه الوقوع على غير تلك الحيثية ، وهو محتمل ، وبه يقوى الاعتماد على الآية الأخرى مع ما عرفت من المعارض لها وبالجمله فالمسئلة عندى لما عرفت محل اشكال واعضال ، والله العالم بحقيقة الحال .

الحاق :

قد عرفت الكلام في وقف المسلمين على الكفار ، بقي الكلام في وقف الكافر على مثله مطلقا ، أو وقف الحربى على الذمي أو الذمي على الذمي خاصة ، فظاهر الأصحاب الصحة ، وكذا الوقف على البيع والكنائس ، وعلل الصحة باعتقادهم شرعيته ، مضافاً إلى اقرارهم على دينهم .

والثاني : إنما يتم بالنسبة إلى الذمي ، والمسئلة محل توقف لعدم الظفر فيها بنص ، ويشكل أيضاً باشتراط القربة في الوقف على القول به ، حيث أن ذلك معصية في الحقيقة والواقع ، فلا يعقل التقرب والحال ذلك ، الا أن يحمل قصد القربة على قصدها في الجملة ، وان لم يحصل حقيقة ، أو يخص قصدها ممن يعتقد حصولها ، والاول بعيد غاية البعد ، فانه لغو محض ، والثاني أيضاً لا يخلو من بعد ، وان استظهره في المسالك ، ولهذا ان الأصحاب منعوا من تولى الكافر الأفعال المشروطة بالقربة ، مثل غسل الأموات ونحوه ، وأبطلوا ذلك من حيث عدم تأتي ذلك من الكافر .

المسئلة الثالثة : قد صرح الأصحاب (رضي الله عنهم) ببطلان الوقف على البيع والكنائس ، وكذا لو وقف في معونة الزناة وقطاع الطريق ، وشاربي الخمر وأمثالهم ، وكذا على الكتب السابقة كالنوراة والانجيل من غير خلاف يعرف .
أما الأول فالوجه فيه على ما قالوه وان قلنا بجواز الوقف على أهل الذمة كما أحد الأقوال المتقدمة ، هو الفرق بين الأمرين ، فان الوقف على أهل الذمة

أنفسهم لا يستلزم معصية ، حيث أن نفعهم من حيث الحاجة ، وأنهم عباد الله ، ومن جملة بنى آدم ، ومن يجوز أن يتولد منهم المسلمون ، ولا معصية فيه ، وما ربما يترتب عليه من الاعانة على شرب الخمر ، وسائر المحرمات التي يستحلونها فهي غير مقصودة للواقف ، ولو فرض قصدتها حكمنا ببطلان الوقف ، وكذا لو وقف عليهم لكونهم كفاراً بل على فسقة المسلمين ، كما سيأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى . وبالجمله فالمدار في البطلان والصحة على الغاية المترتبة على الوقف ، ولما كانت الغاية المترتبة عليه بالنظر إلى ما قلنا صحيحة سائغة ، صَحَّ الوقف ، وهذا بخلاف الوقف على البيع والكنايس ، حيث أنه وإن كان وقفاً على جهة خاصة من مصالح أهل الذمة ، إلا أنه معصية محضة ، لما يتضمن من الاعانة لهم على الاجتماع لتلك العبادات المحرمة ، ورسوخهم في الكفر ، فالغرض والغاية من الوقف هنا ليس على حسب باقى الغايات المترتبة على الوقف عليهم أنفسهم ، فلذا صح الوقف هناك ، وبطل هنا .

وأما الثاني فالوجه فيه ظاهر ، لأنه متى كان الغرض المترتب على الوقف والغاية المقصودة منه إنما هو موعونة هؤلاء من هذه الحيثيات المذكورة التي لا ريب في تحريمها ، وأنها معينة ، فلا ريب أن الوقف منصية ، فإن الأعانة على المعصية معصية .

وأما لو وقف على من هو متصف بذلك من المسلمين ، لكنه لا من هذه الحيثية فلا إشكال في صحته ، سواء أطلق أم قصد جهة محللة .

وأما الثالث فعمله الأصحاب بأن الكتابين المذكورين محرران عما كانا عليه أولاً ، ومع ذلك فهما منسوخان ، ولهذا حكموا بعدم جواز حفظهما ، كما تقدم في مقدمات كتاب التجارة من عدم جواز حفظ كتب الضلال .

نعم جوزوا الحفظ للنقض والحجة بها ، وقد نقل الأصحاب في هذا المقام

ج ٢٢ في شمول وصف الموقوف عليه أو نسبته لكل من تناوله الاطلاق ١٩٧

حديثاً من طرق العامة وهو أنه قد روى عن النبي (١) (صلى الله عليه وآله وسلم) وأنه قد خرج إلى المسجد فرأى في يد عمر صحيفة ، وفيها شيء من التورية ، فغضب (صلى الله عليه وآله وسلم) لما رأى الصحيفة في يده ، وقال : أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية حتى لو كان أخى موسى حياً لما وسعه إلا اتباعي قال : في المسالك بعد نقل الخبر المذكور ، وهذا يدل على أن النظر إليها معصية ، وإلا لما غضب منه (صلى الله عليه وآله وسلم) لذلك .

أقول : وقد نقل ابن أبي الحديد في شرح نهج البلاغة مثل هذا الخبر عن عمر أيضاً بوجه المنع ، وقد ذكرناه في كتابنا سلاسل الحديد في تقييد ابن أبي الحديد ، وبيننا ما فيه من نفاق ذلك الطاغى العنيد .

قال في المسالك : وينبغي جواز الوقف عليها على الوجه الذي يجوز امساكها لأجله وهو النقض والحجة ، لأن الحجة طاعة ، إلا أن الغرض لما كان نادراً أطلقوا المنع عليها ، انتهى .

أقول : ومقتضى ما ذكره هنا جواز الوقف على كتب الشريعة ، والظاهر أنه لا إشكال فيه ، وهل يدخل في ذلك كتب أهل الخلاف أم لا ؟ وجهان مبنيان على أنه هل تدخل تلك الكتب تحت كتب أهل الضلال أم لا وقد تقدم الكلام في ذلك في الموضوع المشار إليه آنفاً ، فعلى الأول كما هو الظاهر لا يجوز ، وعلى الثاني كما اختاره بعض محققى متأخرى المتأخرين يجوز ، والله العالم .

المسئلة الرابعة : اذا وصف الموقوف عليه بصفة أو نسبة ، دخل فيه كل من تناوله الاطلاق عرفاً مع اتفاق العرف أو الاصطلاح على ذلك ، والا فالمتعارف عند الواقف ، اعتباراً بشاهد الحال ، ولو كان ثمة قرائن وجب العمل بمقتضاها . وفي هذا الباب صور : منها - ما لو وقف على الفقراء ، فان كان الواقف مسلماً انصرف إلى فقراء المسلمين ، وان كان كافراً أو قلنا بصحة وقف الكافر انصرف

إلى فقراء نحلته ، والوجه فيه ، أن صفة الفقر وإن شملت لغة لكل من المسلم والكافر ، ومقتضاه العموم للجميع في كل من الصورتين المذكورتين ، إلا أن العرف وشاهد الحال يدل على إرادة المسلمين في الأولى ، وأهل نحلة الواقف في الثانية ، والعرف عندهم مقدم على اللغة ، وهذا يتم مع تحقق دلالة العرف وشهادة الحال عليه ، وإلا فاللغة مقدمة ، إلا أنه لما كان تحقق الدلالة العرفية هنا وشهادة الحال بذلك ظاهراً جزموا بالحكم المذكور من غير تردد .

بقي أنه لو وقف على الفقراء فهل يجب تتبع من خرج عن بلد الوقف أو يكفي الدفع إلى فقراء البلد ؟ صرح جملة من الأصحاب بالثاني ، وعلل بأن الوقف على غير منحصر إنما هو وقف على الجهة ، لا على أشخاصها ، ومصرف الجهة من اتصف بوصفها من فقراء أو فقه لو كان الوقف على الفقهاء ، فلا يجب الدفع إلى جميع الأشخاص الداخلين في الوصف ، ويدل عليه ما رواه ثقة الاسلام في الكافي عن علي بن محمد بن سليمان النوفلي (١) قال : كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان بن فلان وهم كثير متفرقون في البلاد فأجاب عليه السلام ذكرت الأرض التي أوقفها جدك على فقراء ولد فلان بن فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف ، وليس لك أن تتبع من كان غائباً .

وظاهر الخبر الاختصاص بمن حضر البلد لظاهر اللام ، المؤذن بالملك أو الاختصاص ، والأصحاب صرحوا بأنه لو تتبع جاز ، لأن المنفي إنما هو وجوب التتبع ، والظاهر من الخبر خلافه ، وإن أمكن احتمالاه .

وظاهر الخبر وجوب استيعاب من في البلد ، وبه صرح بعضهم ، وقيل : يجزى الاقتصاد على ثلاثة مراعاة للجمع ، مع ما علم من أن الجهة لا يقتضي الأشخاص ، وقيل : يكفي اثنين ، بناءً على أنه أقل الجمع .

قال في المسالك : ويحتمل جواز الاقتصاد على واحد ، نظراً إلى أن الأشخاص

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٨ ح ١ .

مصرف الوقف ، لا مستحقوه إذ لو حمل على الاستحقاق وعمل بظاهر اللفظ لوجب الاستيعاب ، لأنه جمع معرف مفيد للعموم ، فيجب التتبع ما أمكن ، انتهى . وفيه أن الظاهر من الخبر المذكور هو وجوب استيعاب من في البلد ، فلا ينبغي الالتفات الى هذه الأقوال ، ولا الى ما عكست به .

ومنها ما لو وقف على المسلمين ، والظاهر صدقه على من أقر بالشهادتين مع عدم انكاره ما علم من الدين ضرورة ، فيدخل فيه جملة الشكّاء والمستضعفين ويخرج منه من حكم بكفره من أفراد المسلمين ، كالخوارج ، والنواصب ، والمجسمه والغلاة ، ولفظ المسلمين وان شمل هؤلاء المذكورين عرفاً ، إلا أنه شرعاً لا يشملهم والعرف الشرعي مقدم على العرف العام اتفاقاً .

وبذلك يظهر ما في قوله في المسالك بعد أن ذكر المعنى الأول وهو حمل المسلمين على من أقر بالشهادتين ولم ينكر شيئاً من ضروريات الدين فيخرج عنه هؤلاء المذكورون مالم يظهروا : مع احتمال العموم نظراً الى المفهوم عرفاً .

فان فيه أنه وان صدق ذلك عرفاً إلا أن المفهوم من هذا اللفظ بالنظر الى الأخبار إنما هو الأول ، ولهذا أنهم صرحوا في تسميتهم مسلمين إنما هو بمعنى منتحلي الاسلام ، واذا ثبت أن عرفهم ~~إلا~~ إنما هو المعنى الأول وجب تقديمه وبطل ما ذكره من الاحتمال .

وفي دخول المخالفين وعدمه قولان مبنيان على الحكم باسلامهم كما هو المشهور بين المتأخرين ، أو كفرهم كما هو مذهب جملة من محققى متقدمى الأصحاب ، وهو المختار ، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه في جملة من زبرنا ، ولا سيما كتاب الشهاب الثاقب في بيان معنى الناصب ، وقد تقدم في الجلد الثاني من كتاب الطهارة نبذ من القول في ذلك (١) قال في المسالك : ولا فرق بين كون الواقف من المسلمين محققاً وغيره ، عملاً بالمفهوم ، وقيل : إن كان الواقف

محققاً يختص الوقف بقبيله بشهادة الحال ، كما لو وقف على الفقراء ، ورد بأن تخصيص عام لا يقضي تخصيص آخر ، وشهادة الحال ممنوعة ، والفرق بين المسلمين والفقراء قائم ، فان ارادة الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم وتباين مقالاتهم ومعتقداتهم بعيد ، بخلاف ارادة فرق المسلمين من اطلاقهم ، فانه أمر راجح شرعي مطلوب عرفاً ، والأقوى المشهور .

نعم لو كان الواقف من أحد الفرق المحكوم بكفرها لم يخرج قبيلته من وقفه ولا غيره ممن يحكم بكفره أيضاً ، حيث لا يشهد حاله باخراجه ، ويحتمل اختصاص عدم الحرمان بقبيلة خاصة اقتصاراً في التخصيص على محل اليقين ، وهو حسن إلا مع شهادة الحال بخلافه ، انتهى .

أقول : ما نقله من القول الذي نقضه هو قول ابن ادریس حيث قال : واذا وقف المسلم المحقق شيئاً على المسلمين كان ذلك للمحققين من المسلمين ، واستدل بأن فحوى الخطاب وشاهد الحال يدل عليه ، كما لو وقف الكافر وقفاً على الفقراء كان ماضياً في فقراء أهل نحلته خاصة ، بشهادة دلالة الحال عليه ، قال : وما أورده الشيخ خبر واحد أورده إيراداً لا اعتقاداً ، لأننا وإيائنا نراعى في صحة الوقف التقرب به الى الله ، وبيعض هؤلاء لا يتقرب الانسان المحقق بوقفه عليه ، انتهى .

وأنت خير بأن كلام ابن ادریس جيد بناءً على مذهبه ، وبيان ذلك أن الخارج عن هذا العنوان أعنى المسلم المحقق منحصر في أفراد ثلاثة : أحدها - من أنكر شيئاً من ضروريات الدين كالأفراد المتقدم ذكرها ، وهم موافقون على خروجها عن هذا العنوان بل عن عنوان المسلمين ، لأنهم كفار عندهم بلا اشكال .

وثانيها - أفراد المخالفين من العامة ، ومن يتبعهم من فرق الزيدية وغيرهم وهؤلاء وإن كانوا عندهم من المسلمين ، إلا أنهم عند ابن ادریس وجلة من محققى المتقدمين من الكفار باليقين ، وهو الحق كما تقدمت الاشارة اليه ، ومحل اعتراضهم هنا نشأ من هذا الفرد ، مع أن مذهبه فيه ما عرفت من القول بالكفر

فخروا وجههم بناءً على ذلك ظاهر .

وثالثها - أفراد المستضعفين من الشكّاء وغيرهم ، وهؤلاء على ما يفهم من الأخبار الكثيرة تجرى عليهم أحكام الاسلام في الدنيا وأما في الآخرة فهم من المرجئين لأمر الله ، وإن دلّ بعض الأخبار على أن عاقبة أمرهم الجنة أيضاً ، كما أوضحناه في كتابنا المتقدم ذكره وهؤلاء لا ريب في دخولهم لوجوب اجراء أحكام الاسلام عليهم ، وهذا منها .

ويعضد مذهب اليه ابن ادريس هنا أيضاً ما ألزم به الشيخ حيث أن مذهبه في النهاية كما قدمنا نقله عنه القول باشتراط القربة في الوقف ، كما هو مذهب ابن ادريس ، وبموجب ذلك أنه لا يصح التقرب الى الله بالوقف على أحد من المخالفين ، الذين قد عرفت أنهم محل البحث ، سيما على القول بالكفر الذي هو مذهب هذا القائل ، وبذلك يتبين لك قوة مذهب اليه .

وأما بحثه معه في المسالك بما قدمنا نقله عنه من المناقشة في الوقف على هؤلاء ، كوقف الكافر الذي ينصرف الى فقراء نحلته ، فهي مناقشة لفظية ، لا يوجب بطلان مذهب اليه ، لأنه إنما قصد بذلك التنظير والتمثيل لدفع الاستبعاد ، وإلا فدلّله المعتمد إنما هو ما ذكرناه ، وهو كما ترى واضح الظهور ، لا تعثر به شائبة القصور والله العالم .

ومنها الوقف على المؤمنين ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك ، فقال الشيخ في النهاية : إذا وقف على المؤمنين كان ذلك لمجتنبى الكبائر من أهل المعرفة بالامامة دون غيرهم ، ولا يكون للفساق منهم معهم شيء على حال ، وكذا قال الشيخ المفيد وابن البراج وابن حمزة ، وقال ابن ادريس : لا يختص ذلك بالعدل بل هو عام لجميع المؤمنين ، العدل منهم والفسق ، وعلى هذا القول جرى المتأخرون . أقول : والتحقيق في ذلك أن الكلام هنا يتوقف على بيان معنى الايمان ، والمشهور بين الأصحاب أنه عبارة عن الأقرار باللسان ، والتصديق بالجنان يعنى

الاقرار بالشهادتين ، وجميع ما جاء به النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) مقسوماً بالتصديق والاذعان ، وقيل : انه كذلك مع انضمام العمل بالأمر كان إلى ذلك ، والمراد بالعمل الذي يكون جزء من الايمان هو الاتيان بكبائر الطاعات ، واجتناب كبائر المعاصي ، وهو مذهب الصدوق ، والشيخ المفيد (رحمة الله عليهما) وجملة من المتقدمين ، وهو المستفاد من الأخبار المتكاثرة ، ولا فرق في أخذ العمل جزء من الايمان بين أن يكون من الاثنى عشرية ، وغيرهم ، وان كان الايمان عندنا لا يثبت لغير الاثنى عشرية .

فما ذكره في المسالك من أن الايمان الخاص قسمان : أحدهما المأخوذ فيه العمل الصالح ، والثاني اعتقاد امامة الاثنى عشر اماماً عليهم السلام مما يؤذن بعدم اعتبار أخذ الأعمال جزء بالنسبة إلى المعتقد بهذا الاعتقاد ، فليس في محله .

وبالجملة فان المستفاد من الأخبار على وجه لا يعتريه الشبهة للمتبع ، ولا يقبل الإنكار ، هو أن الايمان عبارة عن المركب من هذه الثلاثة ، وهي الاقرار باللسان والاعتقاد بالجنان ، والعمل بالأمر كان ، وبهذا المضمون جملة من الأخبار أوردها الصدوق في عيون الأخبار (١) .

وعلى هذا فهيننا ثلاثة أقسام : مؤمن ، وهو من كان كذلك ، وكافر وهو من لم يتصف بشيء من هذه الثلاثة ، وهؤلاء أهل الوعدين ، الجنة والنار ، فالأولون يساقون من قبورهم إلى الجنة ، والآخرون إلى النار ، لاحساب عليهم ولا كتاب ، والقسم الثالث المسلم ، وهو من خرج من الكفر ، لعدم انكاره ، ولم يدخل في الايمان لعدم اعماله ، وهؤلاء أكثر الناس ، وهم أصحاب الحساب وأهل المحشر ، ولتحقيق هذا المقام محل آخر .

وبالجملة فان ما ذهب إليه المتقدمون في هذه المسئلة مبني على مختارهم

(١) عيون اخبار الرضا (عليه السلام) ج ١ ص ١٧٧ ط النجف الاشرف سنة ١٣٩٠
الكافي ج ٢ ص ٢٥١ باب ان الايمان يشرك الاسلام والاسلام لا يشرك الايمان .

في معنى الايمان ، وما ذكره المتأخرون مبني أيضاً على ما اختاروه ، فالنزاع هنا لفظي ، ومحل البحث في تحقيق معنى الايمان ، والحق عندى فيه هو مذهب المتقدمين ، لأنه المستفاد من الأخبار المستفيضة ، وان حملها متأخروا الأصحاب على الفرد الأكمل منه ، إلا أن الحمل فرع وجود المعارض ، ثم الظاهر أنه على تقدير تفسير الايمان بالمعنى المشهور ، فمظهر الفرق بينه وبين التفسير بالمعنى الثاني وهو اضافة العمل إلى ما ذكر ، إنما هو في اتصاف الفساق بالايمان وعدمه ، فيتصفون به على القول المشهور ، لا على القول الآخر ، ولكن مع عدم اتصافهم به لا يكونون كفاراً ، بل مسلمين ، لأنها المنزلة الوسطى بين الكفر والايمان ، وكيف كان فإن محل الجميع الامامية الاثنى عشرية .

وما يظهر من المسالك من أن الايمان بمعنى اعتقاد امامة الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) اخس من الايمان بالمعنى المشهور ، ان اريد به الخصوص والعموم بحسب المفهوم فهو كذلك ، وان اريد مصداقاً بمعنى أنه يصدق الايمان بالمعنى المشهور على ما هو أعم من الاعتقاد بامامة الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) كما هو ظاهر كلامه فهو باطل ، لأننا نمنع صدق الايمان بأي معنى فسر على غير القائلين بامامة الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) ، لما علم من الأخبار على وجه لا يقبل الانكار من شرف المؤمن وحرمة ، ووجوب قضاء حقوقه ونحو ذلك من الأخبار المروية في الكافي في كتاب الايمان والكفر (١) ، وتفصيل حقوق المؤمن مضافاً إلى ما دل على أنه الموجب لدخول الجنة ، وهذا كله لا يصح اجراؤه على غير الاثنى عشرية ، فانهم المرادون بذلك على الخصوص .

نعم يجب التفصيل فيهم بالفسق والعدالة ، بناء على القول الآخر في معنى الايمان ، وحينئذ فلو وقف على المؤمنين وأطلق فان كان الواقف من الامامية وهم الاثنى عشرية فلا ريب في أن المراد بهم الامامية ، لكن يبقى الكلام في الاختصاص

(١) الكافي ج ٢ ص ١٩٢ باب قضاء حاجة المؤمن .

بالعدول ، وشمول الفساق المبني على القول المشهور في الايمان ، من عدم أخذ الأعمال في معناه فيشمل ، أو أخذها فيختص ، وإن كان الواقف من غيرهم ، فالظاهر أن الحكم كالأول ، وهو المفهوم من كلام الأصحاب أيضاً ، قال في المسالك - بعد أن اعترف بأنه في هذه الصورة ظاهر المصنف والأكثر كونه كالصورة الأولى - ما لفظه : وهو مشكل ، لأن ذلك غير معروف عنده ، ولا قصده متوجه إليه ، فكيف يحمل عليه ، وليس الحكم فيه كالمسلمين في أن لفظه عام فينصرف إلى ما دل عليه اللفظ وإن خالف معتقد الواقف كما تقدم ، لأن الايمان لغة هو مطلق التصديق ، وليس بمراد هنا ، واصطلاحاً يختلف بحسب المصطلحين ، والمعنى الذي اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام ، فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير امامي كان حسناً ، أو يقال : ان كان من الوعيدي به يحمل على معتقده ، أو من الامامية فعلى معتقده ، أو من غيره فعلى معتقده عملاً بشاهد الحال في دلالة العرف الخاص ، والقرائن الحالية ، انتهى .

ووجه الدخول في كلامه أن ما ادعاه من الاختلاف في معنى الايمان بحسب اختلاف المصطلحين ، وإنما اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام ، بمعنى أنه عبارة عن مجرد الاقرار باللسان والاعتقاد بالجنان مردود ، بأن الكلام في ذلك ينبغي الرجوع فيه إلى المعنى الشرعي الذي دلت عليه الأخبار ، فانه هو الأول بالرجوع إليه والاعتبار ، وعليه تبنى الأحكام في الايراد والاصدار ، ولا عبرة بعد ذلك باصطلاح المصطلحين ، ولا باختلافهم في اصطلاحهم ولا اتفاقهم ، والذي دلت عليه الأخبار كما تقدمت الإشارة إليه أن الايمان لا يصدق على غير الامامية ، وإلا لزم دخول غيرهم الجنة ، ولا قائل به .

ثم انه قال في المسالك : إذا تقرر ذلك فهل يشترط مع الاعتقاد المذكور في المعنى المشهور اجتناب الكبائر ؟ قال الشيخ : نعم ، فلا يجوز للفساق من الامامية أخذ شيء منه ، وتبعه جماعة ، ولعل مبناه على أن العمل جزء من الايمان

كما هو مأثور عن السلف ، وورد في كثير من الأخبار أنه مركب من ثلاثة أشياء : اعتقاد بالجنان ، وإقرار باللسان ، وعمل بالأركان ، فيكون العمل ثلث الايمان ، والمشهور وهو الأصح عدم اعتباره ، وإليه ذهب الشهيد في البيان أيضاً لما تحقق في الكلام من أن الايمان هو التصديق بالقلب ، والإقرار باللسان على الوجه السابق ، وأن العمل ليس بجزء منه ، ولا شرط ، انتهى .

وفيه أنه لا يخفى على من راجع الأخبار التي هي العمدة في الإيراد والإصدار أنها دائرة بين قسمين ، فقسم منها اشتمل على أن الايمان عبارة عن التصديق والإقرار ، وهذه الأخبار وردت في مقام الفرق بين الايمان والاسلام ، وأن الايمان أخص مطلقاً .

وقسم منها ورد بأنه عبارة عما ذكر مع اشتماله على العمل ، وصرحت بأنه إقرار باللسان ، واعتقاد بالجنان ، وعمل بالأركان ، ولهذه الأخبار مؤيدات من الأخبار أيضاً ، مثل الأخبار الدالة على تقسيم الناس إلى ثلاث فرق ، الراجعة إلى ست فرق ، مثل حديث الطيار المروي في الكافي (١) قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : الناس على ست فرق ، يؤولون (٢) كلهم إلى ثلاث فرق : الايمان والكفر والضلال : وهم أهل الوعد الذين وعدهم الله تعالى الجنة والنار ، المؤمنون والكافرون ، والمستضعفون والمرجون لأمر الله ، إما يعذبهم وإما يتوب عليهم ، والمعترفون بذنوبهم خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً ، وأهل الأعراف ، ومرجع ذلك إلى اثبات منزلة بين الكفر والايمن ، وهو مبني على أخذ الأفعال في الأعمال ، وهؤلاء بمقتضى النصوص من المسلمين ، لا بالمعنى المشهور الذي يدخل فيه المنافقون ، بل أخص منه .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا منافاة بين هذه الأخبار ، إذ غاية الأخبار الأول

(١) الكافي ج ٢ ص ٣٨١ ح ٢ .

(٢) أى : يرجعون .

أنها مطلقة والثانية مقيدة ، وطريق الجمع حمل الاطلاق في تلك الأخبار على ما دلّت عليه هذه من أخذ الأعمال ، وإلا فإن اطراحها من غير موجب لامعنى له سيما مع ما عرفت من تأييدها بغيرها .

وبذلك يظهر لك أن ما اختاروه في علم الكلام من أن الايمان عبارة عما ذكره ، لا أعرف له وجهاً وجيهاً ، بل المفهوم من الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض هو ما ذكرناه ، من أنه مركب من الثلاثة المذكورة ، ثم ان في كلامه اشارة ظاهرة إلى أن مذهب السلف أعنى متقدمي الأصحاب هو القول بما اخترناه ، والترجيح لما رجحناه ، والعجب أنه مع اعترافه بذلك وأنه قد ورد في كثير من الأخبار كيف خالفه ، وخرج عنه من غير حجة واضحة ، سوى ما أحاله على علم الكلام .

وفيه أن ما تحقق في علم الكلام ان كان مستفاداً من الأخبار فقد عرفت أنه ليس كذلك لما ذكرناه ، وان كان من غيرها فلا عبرة به ، ولا عمل عليه ، والله العالم .

ومنها الوقف على الشيعة قال الشيخان : لو وقفه على الشيعة ولم يميز كان ذلك ماضياً في الامامية ، والجارودية من الزيدية ، دون التبرية ، وبه قال سلاّر وابن البراج وابن حمزة ، وقال المحقق في الشرايع والمراد بهم الامامية والجارودية دون غيرهم من فرق الزيدية .

قال في المسالك : اسم الشيعة يطلق على من قدم علياً عليه السلام في الامامة على غيره بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولا شبهة في كون الامامية منهم ، وكذا الجارودية ، وكذا الاسماعيلية ، حيث لا يكونون ملاحدة ، وأما باقى الشيعة كالكيسانية والواقفية والفتحية فداخلة لكن لانقراضهم استغنى عن ذكرهم . أقول ويؤيد ما ذكره من اطلاق الشيعة على هذه الفرق ما رواه الكشي في

كتاب الرجال بسنده عن عمر بن يزيد (١) « قال : دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فحدثني ملياً في فضائل الشيعة ، ثم قال : ان من الشيعة بعدنا من هو شر من النصاب ، قلت : جعلت فداك أليس ينتحلون حبكم ويتولونكم ويبرأون من عدوكم ؟ قال : نعم ، قلت : جعلت فداك بين لنا لنعرفهم ، فلسنا منهم ؟ قال : كلا يا عمر لست منهم ، إنما هم قوم يفتنون يزيد ، ويفتنون بموسى ، إلا أن الاستفادة من الأخبار الكثيرة المستفيضة بل المتواترة معنى ، من طرق الخاصة والعامة في فضائل الشيعة هو التخصيص بالامامية بحيث يقطع بعدم دخول غيرهم في هذا الاطلاق ويؤيده ما صرح به في النهاية الاثرية (٢) حيث قال بعد ذكر بعض معاني لفظ الشيعة ما لفظه : وقد غلب هذا الاسم على كل من يتولى علماً وأهل بيته ، حتى صار لهم اسماً خاصاً فإذا قيل : فلان من الشيعة ، عرف أنه منهم ، وفي مذهب الشيعة كذا أي عندهم ، انتهى .

ويؤيده أنه وإن كان لفظ الشيعة مما يطلق على هؤلاء في تلك الأعصار السابعة ، إلا أنه في الأعصار المتأخرة لا يتبادر من لفظ الشيعة إلا الامامية ، حتى اشتهر المقابلة له بأهل السنة ، فيقال : شيعي ، وسني .

وبالجملة فإن المتبادر عنه في هذه الأزمان إنما هو ما ذكرناه ، ومنه يعلم أن ما ذكره الأصحاب (رضوان الله عليهم) من الخلاف والكلام في هذه المسئلة على اطلاقه غير متجه ، فإن المشهور بينهم أنه لو وقف على الشيعة انصرف إلى من ذكر مما قدمنا نقله عن المسالك .

وفصل ابن ادریس ، فقال : ان كان الواقف من احدى فرق الشيعة كالجارودية والكيسانية والنادوسية والفظحية والواقفية والاثنى عشرية حمل كلامه العام على شاهد حاله ، وقوى قوله ، وخصص به ، وصرف في أهل نحلته دون من عداهم من سائر المنطوق به ، عملاً بشاهد الحال ، انتهى .

(١) رجال الكشي ص ٤٥٤ الرقم ٨٦٩ .

(٢) النهاية الاثرية ج ٢ ص ٥٢٠ .

وبمقتضى ما قلناه ينبغي أن يخص هذا الخلاف بما لو وقع الوقف في تلك الأعصار ، أما في مثل أوقاتنا هذه ونحوها مما تقدمها وتأخر عنها ، فإنه لا ينبغي الريب في انصرافه إلى الإمامية لو كان الواقف منهم ، وإنما يبقى الشك فيما لو كان الواقف من أحد تلك الفرق الموجودة الآن ، فإنه لا يبعد القول فيه بما ذهب إليه ابن ادریس عملاً بشاهد الحال ، وهكذا لو كان في الصدر السابق من أي واقف كان ، ونقل عن التذكرة أنه نفى البأس عن قول ابن ادریس ؛ وقال في المسالك : وهو حسن مع قيام القرينة على إرادته لفريقه ، ومع اشتباه الحال بالحكم العموم لعموم اللفظ كالمسلمين . انتهى .

وإنما خص الأصحاب الجارودية من فرق الزيدية بالذكر ، لأنهم هم القائلون بإمامة علي عليه السلام بعده (صلى الله عليه وآله وسلم) وأما غيرهم من الصالحة والسليمانية والتبرية فإنهم يقولون بإمامة الشيخين ، وإن اختلفوا في غيرهما ، والجارودية نسبة إلى أبي الجارود زياد بن المنذر ، والله العالم .

ومنها الوقف على الإمامية ، والظاهر أنه لا خلاف في أن المراد بهم الاثنى عشرية القائلون بإمامة الأئمة الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) ، وفي الدروس صرح باشتراط اعتقاد عصمتهم ، بناء على أنه لازم المذهب .

قال في المسالك : وفي اشتراطه نظر وإن كان أولى ، قال : ويلزمه اشتراط اعتقاد أفضليتهم على غيرهم ، وغيره من معتقدات الشيعة المجمع عليها عندهم ، والفتاوى خالية عنه ، والظاهر يشهد بخلافه ، انتهى .

أقول : لا يظهر لي وجه في هذا الخلاف ولا أثر يترتب عليه ، فإنه لا ريب أن القول بإمامة الامام عليه السلام مستلزم للقول بما يستتبع ذلك من عصمته وأفضليته ونحوهما ، إذ المراد من الإمامية هو من قال بإمامتهم واعتقدها مع جميع ما يتبعها ، فتصريح الدروس باشتراط اعتقاد عصمتهم دون غيرها لا وجه له ، لأن هذا حاصل من غير اشتراط ، والتخصيص بالعصمة دون غيرها لا يظهر له وجه ، ونزاعه

له في المسالك جيد إلا أن قوله « وان كان أولى ، لا أعرف له وجهاً وجيهاً .
وبالجملة فالحق أن هذه الأشياء كلها لازمة للقول بالامامة ، فاشتراطها
لا يزيد على أصل حصولها ، وتخصيص بعضها دون بعض ترجيح من غير مرجح ،
مع ما عرفت من أنه لا معنى لهذا الاشتراط بالكلية .
ويظهر من الدروس أيضاً أن الخلاف في اشتراط اجتناب الكبائر آت هنا
ورده في المسالك بأنه ليس كذلك ، قال : والفرق يظهر من دليل القائل باشتراطه ،
فان مفهوم الامامية لا مدخل له في العمل مطلقاً ، بخلاف المؤمنين ، انتهى
وهو جيد .

ومنها الوقف على الزيدية فمن وقف عليهم كان ذلك للقائلين بامامة زيد بن
علي بن الحسين عليه السلام فانهم يجعلون الامامة بعده لكل من خرج بالسيف من ولد
فاطمة عليها السلام من ذوى الرأي والعلم والصلاح ، ولا فرق بين أن يكون الواقف
منهم ، أو من غيرهم هذا هو المشهور ، وبه قال الشيخان والأكثر .
وقال ابن ادریس : هذا الاطلاق غير جيد ، بل إذا كان الواقف زيدياً ،
وان كان الواقف امامياً لم يصح الوقف ، بناءً على أن وقف المحقق على غيره باطل
قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه : وهو باطل .

أقول : وقد تقدم الكلام في ذلك في هذه المسئلة في صورة ما لو وقف على
المسلمين ، وقد بينا ثمة قوة ما ذهب اليه ابن ادریس ، ومرجه إلى أنه يحكم
بكفر هؤلاء ، وهم يقولون باسلامهم ، وهو يشترط القربة في الوقف ، وهي هنا
متعذرة ، وهم لا يشترطونها ، فيكون قول ابن ادریس جيداً على أصوله ، وهو
الحق في كل من الحكمين كما سلف بيانه ، والله العالم .

ومنها الوقف على الجيران وقد اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في
الجوار ، ف قيل أنه يرجع إلى العرف ، وهو اختيار العلامة في المختلف ، قال :
والمعتمد العرف ، لأن ألفاظ الشرع يحمل عليه في غير الحقيقة الشرعية ، ونحوه في

المسالك ، قال : ووجهه واضح حيث لا يكون للفظه حقيقة شرعية
وقيل : لمن يلى داره إلى أربعين ذراعاً ، وبه قال الشيخان وأبو الصلاح
وسلار وابن البراج وابن إدريس وابن زهرة وابن حمزة والقطب الكيدري ، قال
في الشرايع : وهو حسن ، وبه قال الشهيد ، وإليه مال العلامة في التحرير .
قال في المسالك : ولم نقف لهم على مستند خصوصاً لمثل ابن إدريس الذي
لا يعول في مثل ذلك على الأخبار الصحيحة ونحوها ، والعرف لا يدل عليه ، فكيف
فيما لا مستند له ، ولعله عول على ما تخيله من الأجماع عليه ، كما اتفق له ذلك
مراراً .

وقيل : إلى أربعين داراً من كل جانب ، قال في الشرايع وهو مطرح ،
وفي المسالك : لم أعلم قائله ، وجماعة من باحثي مسائل الخلاف كالامام فخر الدين
في الشرح والمقداد في التنقيح والشيخ علي ، اسندوا دليله إلى رواية العامة عن
عائشة (١) «عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) سئل عن حد الجوار ؟ فقال :
اربعين داراً .

أقول : والعجب كل العجب منهم (رضوان الله عليهم) في هذه المسئلة حيث
اختلفوا فيها كما عرفت ، وقالوا ما قالوا ، مع أنه قد روى ثقة الإسلام في الكافي
هنا روايات تدل على القول الثالث الذي حكم المحقق في الشرايع باطراحه ،
وجعله منهم كما عرفت إنما استندوا فيه إلى الرواية العامة ، مع ان الكتاب
المذكور في أيديهم ، عاكفون على درسه وشرحه ومطالعه ، فمن الأخبار المشار
إليها مارواه في الحسن عن معاوية بن عمار عن عمرو بن عكرمة (٢) وهو مجهول
عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) كل أربعين داراً
جيران من بين يديه ، ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله .

(١) الجامع الصغير ج ١ ص ١٤٧ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ٦٦٩ ح ١ ، الوسائل ج ٨ ص ٤٩١ ح ٢ الباب ٩٠ .

وعن جميل بن دراج (١) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: حد الجوار أربعون داراً من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله .
وعن عمرو بن عكرمة (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : ان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أتاه رجل من الأنصار فقال : انى اشتريت داراً في بني فلان وان أقرب جيرانى منى جواراً من لأرجو خيره ، ولأ آمن شره قال : فأمر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) علياً وسلمان وأباذر ونسيت آخر وأظنه قال : والمقداد أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنه لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثاً ، ثم أومي بيده الى كل أربعين داراً بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله .

وهذه الأخبار كما ترى واضحة الدلالة في القول المذكور ، وبه يظهر أنه هو المختار المنصور ، وأن ماعداه بمحل من القصور ، ولم أعر على من تنبه لهذه الروايات وذكرها في هذا المقام منهم سوى شيخنا الشهيد الثانى في المسالك ، والعجب قوله بعد ذكرها ولولا شذوذ القول به بين أصحابنا لكان القول به حسناً لكثرة رواياته من الطرفين ، وكثيراً ما ثبت الأصحاب قولاً بدون هذا المستند ، والعامه عاملون برواياتهم في ذلك ، انتهى .

فان فيه أن الواجب على الفقيه والمأمر به من الله سبحانه ورسوله وأوصيائه هو القول بالدليل الوارد عنهم عليهم السلام والنهي عن القول بغير دليل ، فضلاً عن مخالفة الدليل الوارد ، ومن الظاهر أن هذا الاختلاف في هذه المسئلة إنما نشأ من حيث عدم الوقوف على هذه الأخبار ، والافهم الوقوف عليها والعدول عنها الى مالا دليل عليه بالكلية أمر لا تجوز نسبتهم اليه ، لأنه موجب لحملهم على مخالفة الله سبحانه ورسوله تعمداً من دليل ، وأي طعن أعظم منه ، على أنه قد صرح هو

(١) الكافى ج ٢ ص ٦٦٩ ح ٢ ، الوسائل ج ٨ ص ٤٩١ ح ١ الباب ٩٠ .

(٢) الكافى ج ٢ ص ٦٦٦ ذيل الحديث ١ ، الوسائل ج ٨ ص ٤٨٧ ح ١

نفسه بنحو ما قلناه من وجوب عمل الفقيه بما قام له الدليل عليه ، وإن ادعى الاجماع على خلافه في مسألة مالو أوصى له بأبيه فقبل الوصية ، حيث قال ماصورته : والأقوى ما اختاره المصنف ، ولا يقدح دعواه الاجماع في فتوى العلامة ، لأن الحق أن الاجماع عند أصحابنا إنما يكون حجة مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم ، فإن حججته إنما هي باعتبار قوله عندهم ، ودخول قوله في قولهم في مثل هذه المسئلة النظرية غير معلوم ، وقد نبه المصنف في أوائل المعبر على ذلك ، ثم نقل عبارته الى أن قال : وهذا الأنصاف عين الحق ، فإن ادخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قول جماعة معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقتهم لهم ، تحكم بارد ، وبهذا يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا فيها الاجماع اذا قام عنده الدليل على ما يقتضى خلافهم ، وقد انفق ذلك لهم كثيراً ، لكن زلة المتقدم متسامحة عند الناس دون المتأخر ، انتهى وهو جيد نفيس .

ومنه يعلم أيضاً أن ما يقول به هو وغيره من هذه الاجماع المتناقلة في كلامهم والجارية على رؤس أقلامهم مما لا اعتماد عليها ولا التفات اليها ، كما حققه أيضاً في رسالته التي في وجوب صلاة الجمعة ، وحققناه بما لا مزيد عليه في باب صلاة الجمعة من كتاب الصلاة (١) .

بقي في المقام فوائد ينبغى التنبيه عليها : الأولى - أنه على تقدير القول بالمختار من اعتبار الجوار بعدد الدور من الجوانب الأربعة ، فالظاهر أنه لا فرق في ذلك بين الدار الصغيرة والكبيرة ، ولابن قرب المسافة بين الدور وبعدها ، عملاً بالاطلاق وحصول مسمى العدد ، ويحتمل اعتبار قرب المسافة نظراً الى العادة والعرف في البلدان ، وأن دورها في الغالب متصلة بعضها ببعض ، أو يكون بينها مسافة يسيرة ولعلّه الأقرب ، وهل يصدق هذا الحكم في سكان البادية ؟ ظاهره في المسالك ذلك

حيث قال : ولو كان في أهل البادية اعتبار من ينزل حوله ، ويسمى جاره عرفاً أو مساحة أو عدداً بالنسبة إلى البيوت المخصصة ، انتهى .

وفيه اشكال بناء على القول المختار ، وأما على القولين الآخرين فيمكن ذلك وإن كان لا يخلو من بعد ، ووجه الأشكال أن مورد النصوص تفسير الجوار بالدور والعدد المخصوص منها ، ومن المحتمل قريباً أن استمرار السكنى مما له مدخل في ذلك ، بخلاف البادية التي يتنقل ويتحول من مكان إلى آخر .

الثانية - الظاهر أنه لا فرق في صدق الجوار بين أن يكون الدار ملكاً للساكن أو اجارة أو عادية ، وفي التحرير توقف في استحقاق المستأجر والمستعير وربما قيل : باحتمال التخصيص بالملوكة ، وعلى هذا فإن كان مستعاراً أو مستأجراً لم يستحق أحد منهما من الوقف شيئاً .

أما المالك فلعدم حصول الجوار بالنسبة إليه ، وأما الساكن فلعدم كونه مالكاً ، وعلى ما استظهرناه فهل يكون الغاصب كذلك ؟ اشكال من صدق الجوار عرفاً ، ومن أنه عدوان فلا يترتب عليه أثر ، وتنظر فيه في المسالك ، قال : لعدم المنافاة ، ورجح في التحرير العدم .

الثالثة - لو باع الدار التي يسكنها زال حقه من الجوار ، وانتقل إلى المشتري إن سكنها ، ولو عاد إليها عاد إليه الحق ، وكذا المستأجر بعد انقضاء المدة يعود إلى كل منهما الحق متى حصل السكنى .

الرابعة - لو غاب عن الدار بسفر مع ارادة الرجوع فأطلق بعضهم أنه لا يخرج بذلك عن الاستحقاق ، والأقرب التفصيل بأنه إن كانت الغيبة بعد السكنى وله فيها أهل وعيال ، وأسباب ، وإنما سافر لأمر من الأمور التي جرت العادة بالسفر لها ، فلا ريب في صحة ما ذكره من أنه لا يخرج عن الاستحقاق ، سواء كان الوقف متقدماً على سفره أم وقع في حال غيبته ، وإن كانت غيبته عن الدار وليس له فيها أهل ولا أسباب بالكلية ، فما ذكره محل اشكال ، لعدم صدق

السكنى على هذه الحال على حال الغيبة ، والفرق بين الصورتين أنه باعتبار أنه في الدار من الأهل والعيال والأسباب في الصورة الأولى في حكم الساكن ، بل هو ساكن ، وإن كان غائباً بنية الرجوع ، بخلاف الثانية .

الخامسة - قالوا : لو كان له داران يتردد إليهما في السكنى فهو جار لأهلها فيستحق بسببهما معاً لصدق الاسم مع وجود القدر المعتبر عند معتبره ، ولو كان يسكنهما على التناوب أو بحسب الفصول استحق زمن السكنى .

أقول : وفي تخصيص الاستحقاق بزمن السكنى في الصورة الأخيرة تأييد لما قدمنا ذكره في الغائب عن داره ، وليس له فيها عيال ولا مال ولا أسباب وإن كان بنية الرجوع ، فإنه لا يستحق زمن الغيبة شيئاً .

السادسة - إن قلنا ببناء الجوار على العرف كما هو أحد الأقوال المتقدمة ، وجب قسمة الموقوف على رؤس الجيران مطلقاً ، وكذا إن قلنا بالأذرع ، ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والأنثى ، وإن قلنا بالبناء على عدد الدور ، والظاهر قسمته على عددها صغيرة كانت أو كبيرة ثم يقسم رصد كل دار على عدد أهلها ، وقيل : بأنه يقسم من أول الأمر على عدد أهل الدور ، والله العالم .

ومنها ما لو وقف على قومه ، قال الشيخان : يكون على جماعة أهل لغته من الذكور دون الاناث ، وتبعهما ابن البراج وابن حمزة ، وقال أبو الصلاح : يعمل بالمعلوم من قصده ، فإن لم يعرف ما قصده عمل بعرف قومه في ذلك الاطلاق ، وقال سائر : يكون لجماعة أهل لغته ولم يخص الذكور بالذكر .

وقال ابن إدريس : الذي يقتضيه أصول المذهب وتشهد بصحته الأدلة الظاهرة أنه يكون مصروفاً إلى الرجال من قبيلته ممن ينطلق العرف بأنهم أهل وعشيرته ، دون من سواهم ، هذا الذي يشهد به اللغة وعرف العادة وفحوى الخطاب ، قال الشاعر : « قومي هم قتلوا أميم أخى » ، فإذا رميت يصيني سهمي ، قال : وإنما قلنا أنه يختص بالذكر لقوله تعالى « لا يسخر قوم من قوم ولا نساء

من نساء» (١) وقول زهير: «فما أدري وسوف أخال أدري أقوم أهل حصن أم نساء» قال: وأما الرواية التي وردت بأن ذلك على جميع أهل لغته فهي خبر واحد، لا يوجب علماً ولا عملاً من غير دليل يعضدها من إجماع أو كتاب أو سنة أو دليل أصل، فإذا عدم جميع ذلك وورد خطاب مطلق حمل على العرف، والعرف ما اخترناه.

وقال العلامة في المختلف بعد نقل ذلك عنه، والجواب المنع من ذلك، فإن الشيخين أعرف باللغة، ومقاصد العرب، والمرجع في ذلك اليهم، انتهى.

أقول: الظاهر أن الأقرب من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه ابن إدريس (رحمة الله عليه) لشهادة ما استند إليه من البيت بذلك، فإنه ظاهر فيما ادعاه من أن المراد بقومه هم الأهل والعشيرة، وجواب العلامة له بما ذكره مجرد تحامل عليه، كما هو عادته غالباً، وأما ما يشير إليه كلام ابن إدريس من ورود رواية بتفسير القول بما ذكره الشيخان وأتباعهما فلم تصل إلينا، ولا نقلها غيره ولو ثبت لما كان عنها معدل، وكلام ابن إدريس هنا في المنع من العمل بها على قاعدته غير مسموع ولا موجه، ومن المحتمل قريباً أن ابن إدريس ظن أن الشيخين إنما ذكرا ذلك لرواية وصلت إليهما، فظعن فيها بما ذكره، ومثل ذلك كثير في كلامه مع الشيخ من نسبة كلام الشيخ إلى أخبار الأحاد، مع أنه ليس ثمة خبر.

ومنها ما لو وقف على عشيرته، فقال الشيخان: إنه على الخاص من قومه الذين هم أقرب إليه في نسبه، وبه قال سلاور وابن البراج وابن إدريس، وقال: أبو الصلاح بعمل بالمعلوم من قصده، فإن لم يعرف عمل بعرف قومه في ذلك الاطلاق، قال: وروى أنه إذا وقف على عشيرته كان على الخاص من قومه الذين هم أقرب الناس إليه في نسبه، مع أنه قال عقيب ذلك: إذا وقف على قومه كان ذلك على جميع أهل لغته من الذكور دون الإناث.

أقول : ما ذكره هنا من الرواية أيضاً فانا لم نقف عليها ولم تصل إلينا ، ومن المحتمل قريباً ان هذه الرواية وكذا المذكورة في سابق هذا الموضع إنما هي من روايات العامة ، فان أصحابنا كثيراً ما يستسلفون رواياتهم في امثال هذه المقامات سيما مع عدم ورود نص من طرقهم ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : إذا قال : وقفت على أولادي ثم على الفقراء ، فان أضاف إلى ذلك ما يدل على الاختصاص بأولاد الصلب كقوله أولادي أصلي ونحوه أو ما يدل على العموم لكل من تناسل منه ، بان يقول : على أولادي والحال أنه لا ولد له لصلبه ، أو يقول : لإلاد البنات ، أو لإلاد فلان ، أو قال : يفضل البطن الأعلى على التالي أو نحو ذلك ، فانه لاخلاف ولا اشكال في التخصيص في الأول ، والعموم في الثاني ، إنما الخلاف فيما لو أطلق ، فالمشهور بين المتأخرين هو الاختصاص بأولاد الصلب ، وهو قول الشيخ في المبسوط وابن الجنييد ، لأنهم الأولاد ، إذ هم المتولدون من نطفته ، وإطلاقه على أولاد الأولاد مجاز ، والمشهور بين المتقدمين العموم لكل من تناسل منه ذكوراً وأنثاً حقيقة ، وهو قول الشيخ المفيد وابن البراج وأبو الصلاح وابن إدريس وغيرهم .

وقال الشيخ المفيد في المقنعة : وإذا وقف الإنسان ملكاً على ولده ولم يخص بعضاً من بعض بالذكر والتعيين كان لولده الذكور والإناث وولد ولدهم ، وقال ابن إدريس في السرائر : وإذا وقف على أولاده فحسب ، ولم يقل لصلبه دخل فيهم أولاد أولاده ، ولد البنين والبنات ، بدليل إجماع أصحابنا ، ولان اسم الولد يقع عليه لغة وشرعاً ، وقد أجمع المسلمون على أن عيسى عليه السلام ولد آدم ، وهو ولد ابنته ، وقال النبي (١) (صلى الله عليه وآله وسلم) في الحسن والحسين عليهما السلام : إبنائي هذان إمامان قاما أو قعدا ، ولاخلاف بين المسلمين في أن الانسان لا يحل له نكاح بنت

بنته ، مع قوله تعالى (١) «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم» وبنات بنت بغير خلاف ، فاما استشهاد المخالف على خلاف ما ذكرناه بقول الشاعر :

بنونا بنوا أبنائنا ، وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعد

فانه مخالف لقول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) وقول الأمة والمعقول فوجب رده ولا يقضى بهذا البيت من الشعر على القرآن والاجماع ، الى آخر كلامه زيد في اكرامه .

والعجب من أصحابنا المتأخرين حيث خصوا الخلاف في كون المتولد من البنت ابناً حقيقة أم لا ؟ بالمرتضى (رضي الله عنه) وكلام هؤلاء المذكورين مما نقل هنا ومالم ينقل صريح في أنه ابن حقيقة ، ونحو ذلك كلام الشيخ في الخلاف في هذا الكتاب ، فإنه قال : اذا وقف على أولاده وأولاد أولاده دخل أولاد البنات فيه ، ويشتركون فيه مع أولاد البنين الذكر والأنثى فيه سواء ، ثم نقل أقوال العامة واختلافهم إلى أن قال : دليلنا اجماع المسلمين على أن عيسى بن مريم من ولد آدم ، وهو ولد ابنته ، لأنه ولد من غير أب ، وأيضاً دعاء رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الحسن ابناً وهو ابن بنته (٢) ، فقال : لا تزرموا على ابني أو لا تقطعوا عليه بوله ، وكان قد بال في حجره فهموا بأخذه ، فقال : ذلك ، فاما استشهادهم بقول الشاعر بنونا ثم ذكر البيت ثم قال فانه مخالف لقول النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) واجماع الأمة والمعقول ، فوجب رده ، على أنه إنما أراد بذلك الشاعر الانتساب ، لأن أولاد البنت لا ينسبون إلى أهمهم وإنما ينسبون إلى أبيهم ، وكلامنا في غير الانتساب ، انتهى وهو الحق الحقيقي بالاتباع ، وقد حققنا المسئلة بما لا مزيد عليه ، ولا سبق سابق ولا لاحق لاحق من علمائنا إليه في كتاب الخمس (٣) ، والله العالم .

(١) سورة النساء - الآية ٢٣ .

(٢) معاني الاخبار ص ٢١١ ط ايران سنة ١٣٧٩ .

(٣) ج ١٢ ص ٣٩٠ الى ٤١٦ .

المسئلة السادسة : المشهور أنه لو وقف على مصلحة فبطل رسمها ، فإنه يصرف في وجوه البر ذكره الشيخ ، وتبعه الجماعة من غير نقل خلاف ، ويظهر من المحقق في النافع التوقف في ذلك ، حيث أنه نسب الحكم بذلك الى قول ، مؤذناً بالتردد فيه ، وعلم القول المشهور بأن الملك خرج عن ملك الواقف بالوقف الصحيح أولاً ، فلا يعود اليه ، والقربة الخاصة قد تعذرت ، فانه يصرف الى غيرها من القرب ، لاشتراك الجميع في أصل القربة ، ولأنه أقرب شيء الى مراد الواقف ، ولا أولوية لما أشبه تلك المصلحة التي بطل رسمها ، لاستواء القرب في عدم تناول عقد الوقف لها ، وعدم قصد الواقف لها بخصوصها ، ومجرد المشابهة لادخله في تعلقه بها ، فيبطل القيد ، ويبقى أصل الوقف من حيث القربة .

واعترضه في المسالك قال : وفيه نظر ، فانه لا يلزم من قصد القربة الخاصة ارادتها قصد القربة المطلقة ، فان خصوصيات العبادات مقصودة ، ولا تلزم ارادة بعضها من ارادة بعض ، انتهى .

وعلم ما ذهب اليه المحقق في النافع بأنه حيث لا دليل على القول المذكور فالأصل بقاء الملك ، خرج عنه مانص الواقف عليه ، فمع تعذره يرجع الوقف اليه مع وجوده ، ومع فقدته الى ورثته ، كذا ذكره ابن فهد في شرحه على الكتاب . أقول : لا يخفى أن المسئلة المذكورة وإن كانت غير منصوطة على الخصوص ، إلا أن لها نظائر في الشرع عديدة قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب ، ويرجع الجميع الى أنه مع تعذر ما عينه المالك من وصية أو نذر أو نحو ذلك ، مما يجب انفاذه شرعاً ، فإنه مع تعذر المصرف المخصوص يصرف في وجوه البر ، ولا يرجع الى الورثة ، وإن خالف فيه بعض الأصحاب كما هنا ، فواجب رده الى الورثة مع تعذر المصرف ، إلا أنه محجوج بالأخبار الدالة على ما ذكرناه ، فمن ذلك ما لو أوصى بأبواب عديدة من الوصايا ففسي بآباً أو أبواباً ، فانه يصرف في وجوه

البر كما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن الريان (١) « أنه كتب إلى أبي الحسن محمد بن علي عليه السلام يسأله عن انسان أوصى بوصية ، فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي ؟ فوق عليه السلام الابواب الباقية يجعلها في البر » .

وذهب ابن ادريس هنا والشيخ في المسائل الحائريات الى أنه يرجع ميراثاً حيث أن الوصية بطلت ، لامتناع القيام بها ، والنص كما ترى بخلافه ، ومن ذلك ماروده (عطر الله تعالى مراقدهم) عن علي بن يزيد صاحب السابري (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه أوصى رجل بتر كتفه إلى علي المذكور ، وأمره أن يحج بها عنه ، قال : فنظرت فاذا هو شيء يسير لا يكفي للحج ، فسألت الفقهاء من أهل الكوفة فقالوا : تصدق بها عنه ، فتصدق به ثم لقي بعد ذلك أبا عبدالله عليه السلام فسأله وأخبره بما فعل ، فقال : ان كان لا يبلغ أن يحج به من مكة فليس عليك ضمان وان كان يبلغ ما يحج به فأنت ضامن ، والتقريب فيه أنه قرره على الصدقة اذا لم يبلغ الحج به من مكة ، ولم يحكم بكونه ميراثاً .

وفي جملة دافرة من الأخبار (٣) ما يدل على أن ما أوصى به بالكعبة أو كان هدياً لها أو نذراً فإنه يباع ان كان جارية ونحوها ، وان كان دراهم فإنه يصرف في المنقطعين من زوارها ، معللين ذلك بأن الكعبة لا تأكل ولا تشرب ، فيصرف ذلك الى المحتاجين من زوارها ، وهو مؤيد لذلك .

وقد تقدمت الأخبار المشار اليها في آخر جلد كتاب الحج (٤) وهذه الأخبار

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٢١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ الباب ١١٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢١ ح ١ بعنوان علي بن فرقد ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٤٦ بعنوان علي بن مزيد .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٥٣ ح ١ و ص ٤٧٣ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٤ ص ٢٤٢ ح ٣ و ٢ ، التهذيب ج ٥ ص ٤٤٠ ح ١٧٥ ، الوسائل ج ٩ ص ٣٥٢ الباب ٢٢ .

(٤) ج ١٧ ص ٣٦٠ .

وان كان موردها الوصية كما في بعض ، والهدي كما في آخر ، والنذر كما في ثالث ولم يتضمن شيء منها حكم الوقف إلا أنها مما يتبادر منها الى الفهم السليم والذهن القويم كون الوقف كذلك ، فان الجميع مشترك في الخروج عن المالك بما وقع من وقف أو وصية أو نذر أو نحوها ، فعوده اليه عند تعذر المصرف المخصوص يتوقف على الدليل ، ولادليل ، بقي الأمر في أنه متى لم يرجع اليه فلا بد من مصرف ، وهذه الأخبار قد عينت مصرف ما اشتملت عليه بأنه أبواب البر ، وان كان مخصوصاً في بعضها بنوع خاص ، كما في أخبار السكبة ، فلا بد أن يكون مصرف الوقف كذلك للأشترار في العلة ، وإلا بقي بغير مصرف وهو باطل اجماعاً .

وما ذكره في المسالك في الاعتراض على دليل القول المشهور من أنه لا يلزم من قصده القربة الخاصة وارادتها قصد القربة المطلقة الى آخره ، وارد في هذه الأفراد التي ذكرناها ، مع أن الأخبار قد صرحت بخلافه ، وحينئذ فلا اعتماد عليه ، اذ لو كان صحيحاً في حد ذاته لكان كلياً في جميع هذه الموارد ، مع أن الأخبار كما دريت على خلافه .

وأما ما ذكره في المسالك على أثر الكلام المتقدم حيث قال : والتحقيق أن المصلحة المذكورة الموقوف عليها لا يخلو من أن يكون مما ينقرض غالباً أو يدوم غالباً أو يشبه الحال ، والاول كما لو وقف على شجر مخصوص كالتين والعنب ، وهذا الوقف يكون كمنقطع الاخر اذ هو بعض أفراد ، فيرجع بعد انقضائه الى الواقف ، أو ورثته على الخلاف ، حيث لا يجعله بعده لمصلحة اخرى تقتضى التأييد .

والثاني كالوقف على مصلحة عين من ماء مخصوص ونحوه مما تقتضى العادة بدوامه ، فيتفق عوزه أو على قنطرة على نهر يتفق انقطاعها ، وانتقاله عن ذلك المكان حيث لا تكون العادة قاضية بذلك ، والمتجه فيه ما ذكره الأصحاب لخروج الملك عن الواقف بالوقف ، فعوده يحتاج الى دليل ، وهو منتف ، وصرفه في وجوه البر أنسب بمراعاة غرضه الأصلي ان لم يجز صرفه فيما هو أعم منه .

والثالث كالوقف على مسجد في قرية صغيرة أو على مدرسة كذلك بحيث يحتمل انقطاع مصلحته كما يحتمل دوامها ، وفي حملها على أي الجهتين نظر ، من أصالة البقاء فيكون كالمتأيد ، والشك في حصول شرط انتقال الملك عن مالكه مطلقاً الذي هو التأيد ، فيحصل الشك في المشروط ، فلانحكم إلا بالمتيقن منه ، وهو خروجه عن ملكه مدة تلك المصلحة ، ويبقى الباقي على أصلية البقاء على ملك مالكه ، انتهى .

ففيه أنه لا يخفى على المتأمل في هذا الباب أن أصل هذا الحكم لانص عليه ، ولادليل في الوقف على المصالح ، بل هو بمقتضى قواعدهم باطل غير صحيح ، لما تقدم أن من جملة شروط الموقوف عليه عندهم أن يكون موجوداً له أهلية التملك والحكم بصحة الوقف على هذه الكيفية إنما استندوا فيه إلى أن الوقف هنا في الحقيقة وقف على المسلمين ، وإن كان باعتبار مصلحة خاصة ، وحينئذ فإذا كان الموقوف عليه إنما هو المسلمون ، فإنه لا يلزم من بطلان تلك المصلحة بطلان الوقف ، بل يجري في غيرها من مصالحهم بأي نحو كانت تلك المصلحة الموقوف عليها أولاً من الانحاء التي ذكرها .

بقي الكلام في أنه هل يتعين الأقرب فالأقرب إلى تلك المصلحة أم لا ؟ وجهان أحوطهما الأول ، هذا وعندني في أصل الحكم أعني الوقف على المصالح اشكال ، حيث لم أقف على خبر دال على شيء من أفراد هذا النوع ، فضلاً عن أن يدل عليه بأمر كلي ، وغاية ما يتعلّقون به ويدور في كلامهم الوقف على المساجد ، وقد عرفت أن ظاهر الصدوق المنع منه ، للخبرين المتقدمين ، وظاهر الخبرين المذكورين ذلك أيضاً ، وبذلك يظهر أن تعميم الكلام في المصلحة المذكورة إلى شمول مثل شجر العنب والتين وعين الماء كما تقدم في كلام شيخنا المشار إليه مشكل ، والله العالم .

بقي فيما يتعلّق بهذا المطلب أمور يجب التنبيه عليها ، أحدها : لو وقف على

بنى تميم أو بنى هاشم ، فالمشهور الصحة ، ويصرف إلى من يوجد منهم ، وقال ابن حمزة : لا يصح الوقف على بنى فلان ، وهم غير محصورين ، وما ذهب إليه ابن حمزة هو قول الشافعي ، معللاً بالجهل في المصرف ، حيث أنه متعذر استيعابهم وحصرهم وفي التذكرة أسند القول بالصحة إلى علمائنا ، مؤذناً بدعوى الاجماع عليه ، ورد ما ذكره ابن حمزة والشافعي بالأخبار والاجماع الدالين على صحة الوقف على الفقراء والمساكين والمؤمنين مع انتشارهم وعدم حصرهم .

أقول : ويدل عليه ما رواه في الكافي عن علي بن محمد بن سليمان النوفلي (١) وقال : كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان ، وهم كثير متفرقون في البلاد ، فأجاب : ذكرت الأرض التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان بن فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف وليس لك أن تتبع من كان غائباً .

ورواه الشيخ مثله ، (٢) إلا أنه قال : من ولد فلان بن فلان الرجل يجمع القبيلة ، وهم كثير متفرقون في البلاد وفي ولد الواقف حاجة شديدة فسألوني أن أخصهم بهذا دون سائر ولد الرجل الذي يجمع القبيلة ، فأجاب عليه السلام كما تقدم . وثانيها المشهور بينهم جواز الوقف على الذمي ، لأن الوقف تمليك فهو كإباحة المنفعة وقيل : لا يصح ، لأنه تشترط فيه نيّة القرية .

أقول : مرجع هذا الخلاف إلى ما تقدم في الوقف على الكافر ، فإن اشترط التقرب في الوقف بطل هذا الوقف ، وإلا فلا ، وقد مر تحقيق الكلام في هذا المقام .

وثالثها - المشهور أنه لو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف ، لأن الوقف تمليك فلا بد من ذكر المالك ، كالبيع والهبة ونحوهما ، فلو قال : بعت داري

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٧ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٨ ح ١ .

بكذا أو وهبتها ولم يذكر المشتري ولا الموهوب بطل اجماعاً .

أقول : ويؤيده ما تقدم ذكره من أن الوقف من العقود الناقلة للملك ، فلا بد فيه من دليل يدل على ما يحصل به النقل ، والعقد بهذه الكيفية لم يبق دليل على كونه ناقلاً ، وبالجمله بقاء الملك حتى يقوم دليل شرعي على نقله أقوى دليل في المقام . ونقل عن ابن الجنيّد الصّحة ، قال : ولو قال : صدقة لله ولم يذكر من تصدق بها عليه جاز ذلك ، وكان ذلك في أهل الصدقات الذين سماهم الله لأن الغرض من الوقف الصدقة والقربة ، وهو متحقق ، وأورد عليه بأن الغرض من الوقف ليس مطلق القربة بل القربة المخصوصة ، أقول : والأظهر في رده هو ما قدمنا ذكره . ورابعها - المشهور أنه إذا وقف على أولاده أو اخوته أو ذوي قرابته ولم يفضل بعضاً على بعض ، فإن مقتضى الإطلاق الاشتراك والتساوي بين الذكور والإناث ، والأقرب والأبعد ، والوجه في ذلك هو أن كل من تناوله أحد هذه الألفاظ ونحوها دخل في الحكم المذكور ، والاشتراك يقتضي التسوية ، وبعض هذه الألفاظ وإن كان مخصوصاً بالذكور كالأخوة مثلاً إلا أنه لا خلاف في دخول الإناث تبعاً ، كما في سائر الأحكام الشرعية التي مورد الأخبار فيها الذكور ، إلا مع قيام دليل على التخصيص ، ونقل عن ابن الجنيّد هنا أنه مع الإطلاق يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، حملاً على الميراث ، وكذا لو قال : لورثتي وفيه أنه قياس مع الفارق .

المطلب السادس في اللواحق :

وفيه مسائل : الأولى - اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في أن الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف أم لا ؟ وعلى الأول فهل ينتقل إلى الموقوف عليه أم إلى الله تعالى ؟ أم يفصل في ذلك بين ما كان الوقف لمصلحة أو جهة عامة ؟ فانه ينتقل إلى الله عز وجل ، وما كان الموقوف عليه ممن يصح تملكه ، فانه ينتقل إليه ، فالكلام هنا يقع في مقامين : الأولى - أنه هل ينتقل الموقوف بالوقف عن ملك الواقف أم لا ؟ المشهور الأول ، ونقل عن ظاهر أبي الصلاح وأسنده في المسالك

أيضاً إلى اختيار جمع من العامة أنه يبقى على ملك الواقف ، احتج الأولون بأن الواقف يزيل التصرف في العين والمنفعة ، فيزيل الملك كالتق ، ولأنه لو كان باقياً على ملكه لرجعت إليه قيمته .

احتج الآخرون بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) «حبس الأصل وسبل الثمرة، وسيأتى أن الحبس على آدمي لا يخرج عن الملك، ولجواز ادخال من يريد مع صغر الأولاد، ولو انتقل لم يجوز ذلك ودليل الصغرى قد تقدم، والكبرى ظاهرة، وأجيب عن الأول بأن المراد بتحبس الأصل أن يكون محبوساً على ملك المدقوف عليه، وما في معناه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، والملك إنما زال على هذا الحد من الشرائط ومطلق الحبس لا يدل على عدم الخروج، فإن منه ما يخرج عن الملك، مع أن هذا الحبس ليس هو ذلك، لأنه قسمه، فلا يكون قسماً منه، بل هذا حبس أقوى.

وعن الثاني بأن أَدْخَالَ من يريد من أولاده أن سلم ، فبدليل من خارج .
أقول : لا يخفى على من لاحظ الأخبار المتقدمة سيما أخبار صدقاتهم (٢) عليه السلام ووقوفهم أنه لا يرتاب في دلالتها على خروج الوقف عن ملك الواقف ، وصيرورته كالأجنبي خصوصاً ما دل على نصب القيم بذلك الوقف ، وإن مورد الصدقة فيها التي هي عبارة عن الوقف كما عرفت هو العين بأن قصد المتصدق بها ابتغاء وجه الله سبحانه ، بمعنى أنه أخرج هذه العين عن ملكه إلى ملك أولئك الموقوف عليهم ابتغاء وجه الله ، ويؤكد قوله (٣) عليه السلام في بعضها صدقة بتلاً بتأ أي منقطعة عن صاحبها الأول ، ومباعدة عنه ، فإن البتل لغة القطع ، والبت أيضاً بمعناه ، وفي حديث صدقة الكاظم (٤) عليه السلام وفي حديث صدقة أمير المؤمنين عليه السلام بأمواله هذه

(١) المستدرک ج ٢ ص ٥١١ الباب ٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٧ باب صدقات النبي (ص) وفاطمة والائمة (عليهم السلام)

ووصایاها هم .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٥٤ ذيل ح ٨ و ص ٤٩ ح ٧ ، وهذه الروايات في

الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ الباب ١٠ .

صدقة واجبة بتلة حياً أنا أو ميتاً ينفق في كل نفقة يبتغى بها وجه الله إلى آخره ،
وبتلة منقطة عن صاحبها .

وفي صحيح محمد بن مسلم والمجلي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألناه عن
صدقة رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وصدقة فاطمة عليها السلام قال : صدقتها
لبنى هاشم وبني المطلب ، واللام للملك ، ونحوه رواية أبي مريم ، وبالجملية
فالظاهر أنه لا خلاف في ضعف القول المذكور ، والله العالم .

الثاني - أنه على تقدير الانتقال هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم إلى الله
سبحانه ، أم التفصيل ؟ أقوال : أشهرها الأول - قال الشيخ في المبسوط : إذا وقف
وقبض زال ملكه عنه على الصحيح ، وملكه الموقوف عليه ، واختاره ابن إدريس
وغيره ، ونقل ابن إدريس عن بعضهم أنه ينتقل إلى الله ، وحكاه الشيخ في المبسوط
عن قوم ، والقول بالتفصيل اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك .

استدل للقول الأول ، بأنه مال لثبوت أحكام المال فيه ولهذا يضمن بالقيمة ،
فكان ملكاً كأم الولد ، وبهذا النحو وإن كان مجعلاً استدلال المحقق في الشرايع ،
وأوضحه في المسالك بأنه مال مملوك لوجود فائدة الملك فيه ، وهي ضمانه بالمثل
والقيمة ، وليس الضمان للواقف ولا لغيره ، فيكون للموقوف عليه .

وأورد عليه بأنه ينتقض ذلك بيواري المسجد والأمة ، فانها تضمن بالقيمة ،
وملكها الله تعالى لا للناس .

واحتج القائل بالقول الثاني بأن الوقف إزالة ملك عن العين والمنفعة على
وجه القرية ، فانقل الملك إلى الله تعالى كالعق ، ولأنه ممنوع من بيعها فلو ملكها
لكان له سبيل إلى إخراجها عنه ، لأن « الناس مسلطون على أموالهم » (٢) وأجاب
في المختلف بظهور الفرق بين العتق والوقف ، قال : لأن العتق إخراج عن المالية

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٤ ح ٨ .

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

بالكلية ، وازالة التسلط عن العبد بالنسبة الى كل أحد والمنع من البيع ، لا يقتضى الخروج عن الملك ، كأم الولد .

وأما القول بالتفصيل فاستدل عليه في المسالك قال : بعد ان اختار القول بالانتقال عن الواقف لكن هذا إنما يتم في الموقوف عليه المعين المنحصر ، أما لو كان على جهة عامة أو مسجد أو نحوه فالأقوى أن الملك فيه لله تعالى لتساوى نسبة كل واحد من المستحقين إليه ، واستحالة ملك كل واحد ، أو واحد معين ، أو غير معين للاجماع ، واستحالة الترجيع ، ولا المجموع من حيث هو مجموع ، لاختصاص الحاضر به ، انتهى .

أقول : لا يخفى على من راجع الاخبار وقطع النظر عن كلامهم فان المستفاد منها أنه متى كان الموقوف عليه موجوداً منحصراً فإنه ينتقل الملك إليه ، ولهذا دلت على اشتراط قبضه ، أو قبض وليه ، ليستم بذلك الملك ، ويمتنع الرجوع فيه كما تقدمت الأخبار به ، ومتى كان الموقوف عليه جهة عامة كالفقراء أو مصلحة كالمسجد فان غاية ما يفهم منها هو أنه بالوقف يخرج من ملك الواقف ، وأما أنه يصير إلى الله سبحانه أو غيره ، فلا دلالة في شيء من الأخبار عليه ، وإنما يدل على أنه بعد الوقف وخروجه عن ملك الواقف يجب ابقاء العين ، ولا يجوز التصرف فيها ببيع ولا هبة ولا ميراث ولا نحو ذلك من الامور الموجبة لخراجها عما صارت إليه وصرف حاصلها في تلك الجهة ، أو المصلحة المعينة .

وأما أنه يشترط القبض فيها كما هو المشهور من أن القبض شرط في صحة الوقف مطلقاً ، فيجب القبض هنا من القيم الذي ينصبه الواقف ، أو الحاكم الشرعي أو غير ذلك ، فلا دليل عليه في الأخبار ، ومورد القبض فيها إنما هو فيما إذا كان الموقوف عليه موجوداً معيناً محصوراً ، على أن المراد من كونه في هذه الصورة ملكاً لله كما صرح به في المسالك إنما هو الكناية عن عدم انتقاله إلى أحد من الآدميين .

ج ٢٢ في عدم اعتبار القبض اذا لم يكن الموقوف عليه معيناً ٢٢٧

قال : والمراد بكون الملك لله تعالى انفكاك الموقوف عن ملك الآدميين واختصاصهم ، لا كونه مباحاً كغيره مما يملكه الله تعالى ، انتهى وهو يرجع الى ما ذكرناه .

وفي حديث وقف أمير المؤمنين عليه السلام أمواله (١) على جهة الطاعات والقربات وصلة الرحم بعد أن جعل الولي القيم بذلك الحسن ثم الحسين عليه السلام ثم من يختاره الحسين عليه السلام ما صورته « وأن يشترط على الذي يجعله إليه ان يجعل المال على أصوله ، وينفق الثمرة حيث يأمره به من سبيل الله ، وذوى الرحم من بنى هاشم وبنى المطلب القريب والبعيد لا يباع منه شيء ، ولا يوهب ، ولا يورث ، الحديث ، وليس فيه كما ترى أزيد من أنه بعد الوقف يجب ابقاء أصوله على ما هي ، ولا يتصرف فيها بشيء من هذه التصرفات ونحوها ، ويصرف الحاصل في الوجه الذي عينه ، ولادلالة فيه على الانتقال لأحد ، وهو ظاهر في الرد على القول المشهور من أنه ينتقل في هذه الصورة الى الموقوف عليه ، وليس في الخبر أيضاً على طوله ما يشعر بأنه أقبضه أحداً ، بل ظاهره أنه مدة حياته عليه السلام كان في يده يصرفه في الوجوه المذكورة ، وبعد موته فوض الأمر فيه الى الحسن ثم الى الحسين عليه السلام ثم من ذكره في الخبر ، ولو كان القبض في هذه الصورة شرطاً في صحة الوقف لوقعت الاشارة إليه في الخبر ، واحتمال أنه قبضه بالولاية العامة وان أمكن ، إلا أن الظاهر بعده ، إذ هو فرع وجود الدليل على اشتراط القبض في هذه الصورة ونحوها ، وقد عرفت أنه لا دليل على ذلك فيها سوى الصورة المتقدمة .

فروع :

الاول : قال في المختلف : ان قلنا بأن الوقف ينتقل الى الموقوف عليه ثبت بشاهد ويمين ، لأن المقصود منه المال ، وان قلنا انه ينتقل الى الله تعالى لم يثبت

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٩ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤ .

بالشاهد واليمين ، كالعبد لو ادعى العتق ويحتمل عندي ثبوته بالشاهد واليمين ، وإن لم ينتقل اليه ، لانه يحلف لتحصيل غلته ومنفعته ، فلما كان المقصود من الوقف المنفعة ، وهي مال يثبت بالشاهد واليمين ، بخلاف حرية العبد ، لان المقصود منها تكميل الاحكام ، انتهى .

أقول : ما ذكره جيد فيما اذا كان الموقوف عليه معيناً محصوراً ، أما لو كان الموقوف عليه الجهة أو المصلحة كما هو مقتضى القول بالتفصيل الذي شرحناه ، فاشكال لما عرفت من أن غلة الوقف هنا لا مال لك لها معيناً ، ليقيم الشاهد ، ويحلف معه ، سيما اذا كان الوقف لمسجد ونحوه ، والقيم لا تعلق له بذلك الا من حيث صرف الغلة وحفظ الأصول ونحو ذلك ، ولأنه غير مالك للغلة ، اذ هو غير داخل في الموقوف عليه ، والله العالم .

الثاني : قالوا : لو أعتق العبد الموقوف عليه لم يصح ، لتعلق حق البطون به قيل : في توجيهه لما كان الحكم بانتقال الملك الى الموقوف عليه ربما أوهم جواز تصرفه في العين بالعتق وغيره ، والأمر ليس كذلك ، نبهوا على منعه أيضاً ، وعلموا بأنه وان كان مالكا إلا أن الحق غير منحصر فيه ، بل مشتركاً بينه وبين ما بعده من البطون ، وان لم تكن موجودة بالفعل ، فتصرفه فيه بالعتق يبطل حقهم .

أقول : لا يخفى أن الأخبار قد تكاثرت بأن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث بعد أنه عقد صيغة الوقف ، والانتقال عن الواقف يجب ابقائه على حاله ، لا يتصرف فيه بما يوجب النقل بأي وجه كان ، وهذه الألفاظ انما خرجت مخرج التمثيل ، والمراد إنما هو ما ذكرناه كما يشير اليه قول أمير المؤمنين عليه السلام فيما تقدم قريباً « وأن يجعل المال على أصوله ، وينفق الثمرة حيث أمره ، الى أن قال : لا يباع منه شيء ولا يوهب ، ولا يورث وفي آخر لا يباع ولا تورث ، ولا توهب ، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » .

وفي ثالث لا يباع ولا توهب حتى يرثها وارث السموات والأرض .

وفي رابع حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض ، والمراد بجعل المال على أصوله يعنى جعله على الوجه الذي عينه الواقف من كونه لا يتصرف فيه بشيء من الوجوه الناقلة ، الى أن يرثه وارث السموات والأرض ، ولا ريب أن العتق تصرف ناقل ، ومخرج عما عينه الواقف ، سواء كان الوقف ـ بعد الموقوف عليه ـ راجعاً الى البطون أو أحد الجهات العامة والمصالح ، وبه يظهر ما في العبارة المتقدمة من الحزازة ،

الثالث : لو كان العبد مشتركاً بين اثنين بالمناصفة ، فوقف أحدهما نصفه ، ثم أعتق الآخر نصفه فهل يسرى عليه ويعتق أجمع ، أم لا ؟ قالوا : يبنى على أن الملك في الوقف هل بقى للواقف ، أم انتقل الى الله تعالى ، أم إلى الموقوف عليه ؟ فعلى الأولين لا سراية لأنه على تقدير عدم انتقاله عن الواقف في معنى اعتاقه ، وهو ممتنع أيضاً لما يستلزم من ابطال حق الموقوف عليه ، وعلى تقدير انتقاله الى الله تعالى يكون في معنى التحرير الذي لا يقبل التحرير ثانياً .

وأما على تقدير انتقاله الى الموقوف عليه فإن الأكثر على عدم السراية أيضاً ، قيل : بل كاد أن يكون اجماعاً ، وعلم بأن العتق لا ينفذ في الحصص الموقوفة مباشرة ، كما تقدم ، فبالأولى أن لا ينفذ فيها سراية .

وقيل : بالسراية والفرق بين المباشرة والسراية بما هو مذكور في كلامهم ، ولهم في المقام كلام لا فائدة في التعرض لذكره ، فإنه لا يخفى على من لاحظ أخبارهم عليه السلام في المقام ، أن جميع ما أطلوا به من الكلام والنقض والابرام كله نفخ في غير ضرام لأنها قد صرحت كما تقدم ذكره بأنه بعد عقد الوقف الجامع لشرائط الصحة يجب ابقاء العين الموقوفة ، بمعنى أنه لا يتصرف فيها بنقل ، وإنما المتصرف في حاصلها بصرفه على من وقف عليه من بطون أو جهة أو مصلحة ، وأنه يجب ابقاء العين على الوجه المذكور الى أن يرثها الله تعالى وارث السموات والأرض ، وهو

كناية الى التأييد الى يوم القيمة ، وهو معنى الخبر النبوى (١) « حبس الأصل وسبل الثمرة » ، ولا معنى لحبسه الاعدم التصرف فيه بوجه ناقل عما هو عليه بعد الوقف ، ونحوه قول أمير المؤمنين عليه السلام المتقدم ، ويجعل المال على أصوله وينفق الثمرة ، وبذلك يظهر لك أن هذا الخلاف والتفريع على ما ذكره من تلك الأقوال التي قد عرفت خروج أكثرها عن جادة الاعتدال كله تطويل بغير طائل والله العالم .

الرابع : قالوا : مما يتفرع على الخلاف المتقدم نفقة العبد الموقوف ، فان جعلناه للموقوف عليه ، كما هو أحد الأقوال ، ففي نفقته وجهان : بل قولان : أحدهما للشيخ في المبسوط ، وهو أنها في كسبه ، لأن نفقته من شروط بقائه ، كعمارة العقار وهي مقدمة على حق الموقوف عليه ، ولأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه ، وهو موقوف على بقاء عينه ، وانما يبقى بالنفقة فيصير كأن قد شرطها من كسبه .

والثاني - والظاهر أنه الأقرب وقواه في المسالك وهو اختيار العلامة في المختلف وغيره أيضا ، وجوب النفقة على الموقوف عليه ، لأنه ملكه ، والنفقة تابعة للملك . أقول : ويؤيده أن منافعه مستحقة للموقوف عليه بالوقف ، وربما أوجب سعيه في كسب النفقة وتحصيلها نفويت المنافع المذكورة ، فلا ثمرة للوقف حينئذ وما تقدم من الاستدلال على كونها في كسبه بأن النفقة من شروط بقائه مسلم ، ولكن لا يستلزم ذلك أن يكون من كسبه ، بل الواجب على الموقوف عليه ذلك للغرض المذكور .

وان قلنا بكونه لله عز وجل فانهم بنوه على أن نفقة مستحق المنافع كالأجير الخاص والموصى بخدمته على مستحقها ، أم لا ؟ فان جعلناها عليه ، فهي هنا على الموقوف عليه أيضاً ، وإلا ففي كسبه ، فان تعذر ففي بيت المال ، وان قلنا بكونه للمواقف فاشكال .

قال في المسالك : وعلى القول بكون المالك هو الواقف ، فالنفقة على الموقوف عليه على الأول ، وعلى الواقف على الثاني ، انتهى .

وهو غير ظاهر المراد ، ولعل ذلك لغلط في العبارة المذكورة وبالجمله حيث كانت المسئلة خالية من النص فالتوقف فيها مجال ، إلا أنه يمكن الكلام في ذلك جرياً على قواعدهم بأن يقال : انك قد عرفت آنفاً أن الأظهر هو انتقال الوقف الى الموقوف عليه ان كان معيناً ، وان كان جهة أو مصلحة فهو غير مملوك لأحد ، وهو الذي عبروا عنه بأنه ملك لله سبحانه ، وعلى الاول فان مقتضى القول بالملك وجوب النفقة على المالك كما هو أحد القولين المتقدمين ، وأشهرهما وأظهرهما .

وعلى الثاني فان الظاهر أن النفقة تكون في كسبه مقدمة على حق الموقوف عليه ، فان قصر كسبه في بيت المال ان كان ، والاوجب كفاية على المسكفين كغيره من المضطرين ، وأما البناء على أن نفقته على مستحق المنافع كما تقدم ، فالظاهر بعده ، لان مستحق المنافع قد لا يكون له مال ، من أجل ذلك كان أحد الأقوال فيه أن نفقته على نفسه ، وليست على المستأجر كما تقدم تحقيق القول فيه في كتاب الاجارة على أن البناء على نقل ذلك لا يخرج عن القياس الخارج عن أصول الشريعة . ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته حال حياته ، ولو كان الوقف عقاراً فانهم صرحوا بأن نفقته حيث شرط الواقف ، فان انتفى الشرط ففي غلته مقدمة على الحق الموقوف عليه ، فان قصرت لم يجب الاكمال .

أقول : ويدل على الاخراج من الغلّة مقدماً على حق الموقوف عليه قول الكاظم عليه السلام (١) في حديث وقف أرضه المتقدم ذكره ، « يقسم واليها ما أخرج الله من غلتها بعد الذي يكفيها من عمارتها ، ومراقها بين ولد موسى الى آخره » ، ولو عدمت الغلّة لخراب الوقف واضمحلاله لم يجب عمارته ، بخلاف الحيوان لوجوب صيانة روحه .

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

ولو صار العبد الموقوف مقعداً أوعى أوجذم اعتق ، وبطل الوقف وسقطت عنه الخدمة ، وقضية ذلك سقوط النفقة عن مولاه ، لأن وجوب النفقة عليه من حيث أنه مملوك له ، والآن قد صار حراً ، وعلى هذا فنفقته مع عدم وجود باذل من الواجبات الكفائية على المسلمين كغيره من المضطرين ، والموقوف عليه من الجملة ، فالوجوب شامل له ، وإن تغاير الوجه والله العالم .

المسئلة الثانية : لو جنى العبد الموقوف على غيره عمداً أو خطأً أوجنى عليه فهنا مقامات ثلاثة : الأول - أن يجنى عمداً ولا خلاف في أنه يلزمه القصاص وإن استلزم ابطال الوقف عمداً ، بما دل على وجوب القصاص من الجاني .

قال في المسالك : وهو موضع وفاق ، ثم انه ان كانت الجناية دون النفس قالوا : يبقى الباقي وفقاً لوجود المقتضى ، فان الوقف لا يبطل بتلف بعض الموقوف وهو ظاهر لا اشكال فيه ولا خلاف ، وان كانت الجناية النفس ، فان اختار الولي القصاص كان ذلك له ، ولا اشكال أيضاً ، وان اختار الولي الاسترقاق الذي هو أحد فردي الحقين المخير فيهما الولي فيما اذا كان الجاني عمداً عبداً ، فهل له ذلك أم لا ؟ قولان : فقيس : بالأول ، لأن المجنى عليه له ابطال الوقف وإخراجه عن ملك الموقوف عليه بالقتل قطعاً ، والعفو عنه أمر مطلوب شرعاً ، وراجع قطعاً ، وفي استرقاقه جمع بين حق المجنى عليه ، وفضيلة العفو ، فيكون أولى من القتل ، والى هذا القول مال في المسالك فقال : انه الأقوى .

وقيل : بالثاني وبه جزم المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد والتحرير وفي القواعد بعد أن أفتى بذلك قال : على اشكال ، وعلل القول المذكور بأن الوقف يقتضى التأييد مادامت العين باقية ، وهو ينافي استرقاقه ، لاستلزام بطلان الوقف مع بقاء عينه وخروجه عن الوقف في بعض الموارد لدليل خارج ، لا يقتضى التعدى بحيث لا دليل . أقول : ومن تعارض هذين التعليلين استشكل في القواعد ، إلا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث اختار القول الأول أجاب عن هذا التعليل ، بأن

التأييد الواجب في الوقف إنما هو من حيث لا يطرء عليه ما ينافيه ، وهو موجود هنا فيما هو أقوى من الاسترقاق ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لخلوها من النص محل اشكال ، لما عرفت من عدم الركون الى أمثال هذه التعليقات ، في تأسيس الأحكام الشرعية ، فكيف مع تعارضها ، الا أنه يمكن أن يؤيد ما ذكره شيخنا المتقدم باطلاق الأخبار الواردة في المسئلة .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبان بن تغلب (١) عن رواه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا قتل العبد الحر دفع الى أولياء المقتول ، فان شأوا قتلوه ، وان شأوا حبسوه ، وان شأوا استرقوه يكون عبداً لهم ، وبهذا المضمون أخبار آخر هي المستند في أصل المسئلة ، والتقريب فيها هو أن العبد المذكور في هذه الأخبار شامل للموقوف والمطلق ، فانه بالوقفية لم يخرج عن العبودية ، وقد دلت على أن الحكم في العبد القاتل عمداً التخيير بين القتل والاسترقاق .

نعم ظاهر كلامهم يدعون الخروج عما دلت عليه هذه الأخبار بالنسبة الى جواز اختيار الاسترقاق بالمعارضة ، بأن الوقف يقتضي التأييد مادامت العين موجودة ، فلا يجوز الاسترقاق وإلا للزم بطلان الوقف مع بقاء عينه ، وغاية ما يلزم من هذه المعارضة ، أنه قد تعارض هنا عموم الأخبار الدالة على جواز استرقاق العبد القاتل عمداً أعم من أن يكون وقفاً أو طلقاً ، وعموم الأخبار الدالة على أن الوقف يقتضي التأييد مادام الموقوف موجوداً أعم من أن يكون عبداً قاتلاً أو غيره ، وتخصيص أحد العمومين بالآخر يحتاج الى دليل ، فمن أين يرجح ما ادعوه من تخصيص العموم الأول بالثاني دون العكس ، بل يمكن ترجيح العكس ، باتفاقهم على الخروج عن العموم الثاني باختيار جواز القتل لهذه الأخبار ، وهي كما دلت على ذلك دلت على جواز اختيار الاسترقاق ، فالواجب تخصيص العموم الثاني بالأول ، والله العالم .

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٦ ، التهذيب ج ١٠ ص ١٩٤ ح ٦٣ ، الوسائل

ج ١٩ ص ٧٣ ح ٢ .

الثاني - أن تكون الجناية خطأً وقد اختلف كلامهم في هذا المقام فقال الشيخ وجماعة : بأنها تتعلق بمال الموقوف عليه ، لتعذر استيفائها من رقبته ، اذ لا يتعلق الأرض إلا برقبة من يباع ، والبيع هنا ممتنع من حيث الوقف ، وحق الموقوف عليه ، فالواجب عليه أن يفديه بالأرض .

قال في المبسوط : إذا جنى العبد الموقوف جناية توجب المال لم يتعلق إلا برقبة من يباع فيه ، فأما رقبة من لا يباع فالأرض لا يتعلق بها ، إذا ثبت هذا فمن قال : أن الملك ينتقل اليه ، فهو في ماله ، ومن قال : ينتقل الى الله قيل : من مال الواقف ، لأنه الذي منع الرقبة من تعلق الأرض بها ، وقيل : يكون في بيت المال كالحر ، انتهى .

وذهب المحقق في الشرايع الى أنه يتعلق بكسبه ، قال : لأن المولى لا يعقل عبداً ، ولا يجوز اهدار الجناية ، ولا طريق إلى عتقه ، فيتوقع ، وبهذا القول صرح العلامة في التحرير والمختلف .

قال في المسالك : وهو الأقوى ، وهو اختيار الشهيد في الدروس ، معللاً بما ذكره المحقق بأن كسبه أقرب الأشياء الى رقبته ، فإذا تعذر تعلقه برقبته تعلق بما هو أقرب إليه ، واحتمل في المختلف تعلقها برقبته ، فيباع فيها كما يقتل في العمد ، والبيع أدون من القتل ، وهذا كله مبني على انتقال الملك الى الموقوف عليه .

أما على القول بانتقاله الى الله ، أو القول ببقائه على ملك الواقف كما تقدم نقله عن أبي الصلاح وبعض العامة ، فانهم قالوا : يحتمل تعلق أرض الجناية بالوقف ، لأنه بوقفه منع من تعلق الأرض برقبته ، ويحتمل أن تكون في بيت المال كالحر المعسر .

أقول : قد عرفت من كلام الشيخ المتقدم أنه حكى هذين الاحتمالين قولين في المسئلة ، وزاد بعضهم على هذا التقدير احتمال التعلق بكسبه أيضاً ، والظاهر

أن احتمال تعلّقها ببيت المال أو الكسب إنما هو بناء على القول بالانتقال إلى الله، وإلا فعلى القول بالبقاء على ملك الواقف، فالمناسب هو كون ذلك على الواقف، للتعليل المتقدم، ثم انه على تقدير القول بتعلّقها بكسبه فلو لم يكن كسوباً قال في المسالك: اتجه تعلّق الجناية برقبته، وجواز بيعه كما يقتل في العمد، والبيع أدون من القتل.

أقول: قد تقدم في كلام العلامة احتمال التعلّق بالرقبة، وجواز البيع مطلقاً، ومن هنا أورد الشهيد (رحمة الله عليه) في شرح الأرشاد، وعلى عبارة الشيخ المتقدم الدالة على تعذر استيفاء الجناية من رقبته، لعدم صحة بيعه، بأن هذا إنما يتم لو لم يكن على منحصر، وكان المنحصر موسراً، وقد تلخص من ذلك احتمال التعلّق بالرقبة مطلقاً ومع العجز عن الكسب، ومع كون الموقوف عليه منحصرأً معسراً، هذا حاصل كلامهم في المقام، والمسئلة محل توقف واشكال، والله العالم.

الثالث - لو جنى عليه فان كانت جناية توجب القصاص كأن يقتله عبد مثله، فظاهر كلامهم تفريع ذلك على الخلاف المتقدم، فان قلنا بأن الملك ينتقل إلى الموقوف عليه، فانه يصير القصاص إليه كما لو كان المقتول عبده، ولو قلنا بانتقاله إلى الله تعالى مطلقاً أو على التفصيل المتقدم، فانه يكون ذلك إلى الحاكم الشرعي، لأنه ولي هذه المصالح المتعلّقة به سبحانه، ولو قلنا ببقائه على ملك الواقف كان حق القصاص إليه، وقد عرفت فيما تقدم أن الأصح هو التفصيل، بأنه ان كان الموقوف عليه منحصرأً، فانه للموقوف عليه؛ وان كان على جهة عامة أو مصلحة عامة فانه لله سبحانه، وعلى هذا يترتب القصاص هنا، فيقال: بكونه للموقوف عليه على الأول والحاكم على الثاني، وأما إذا أوجب القتل الدية كأن يقتل خطأً أو أخذت صلحاً أو يكون القاتل حرأً، أو فيه شيء من الحرية، أو أوجب الجناية أرشاً كقطع يده مثلاً، وملخصه أن تكون الجناية موجبة للمال، فهل يكون ذلك

للموجودين من الموقوف عليهم وقت الجناية ، أو أنه يشتري به عبد أو بعض عبد يكون وقفاً ؟ قولان .

قال في المبسوط : لو جني على العبد الموقوف عليه ، ووجبت قيمته ، قال قوم : يشتري بها عبد آخر يقوم مقامه ، سواء قيل : انتقل ملكه إلى الله ، أو إليه ، لأن حق البطون الآخر تعلق برقبة العبد ، فإذا مات أقيم غيرها بقيمتها مقامها ، وفيهم من قال : انتقل القيمة إليه ، وهو الأقوى ، لأننا قد بينا أن ملكه له ، والوقف لم يتناول القيمة ، والأول قول من قال : ينتقل إلى الله ، انتهى .

وظاهره أنه على تقدير القول بانتقال الملك إلى الموقوف عليه كما هو مذهبه فإنه يصير المال إليه ، وعلى تقدير القول بأنه ينتقل إلى الله ، فإنه يشتري به عبد آخر يقوم مقامه ، ويكون وقفاً .

وقال العلامة في المختلف : والمعتمد إقامة غيره مقامه ، لعدم اختصاص البطن الأول بملكه ، ولهذا يملك البطن الثاني عن الواقف عن البطن الأول ، والوقف ان لم يتناول القيمة لكنها بدل عن العين ، انتهى .

وهو صريح في اختيار القول الثاني ، كما أن كلام الشيخ صريح في اختيار الأول ، وهو اختيار المحقق في الشرايع أيضاً ، والعلامة في التحرير ، وجعل الثاني احتمالاً ، وظاهر الشهيد في الدروس ، وشرح الإرشاد التوقف في المسئلة ، حيث اقتصر على نقل القولين ، ولم يرجح شيئاً منهما في البين ، وهو في محله . وتوضيح أدلة القولين زيادة على ما تقدم ، أما القول الأول فلأن الدية عوض رقبة ، والرقبة ليست ملكاً تاماً للموجودين ، بل للبطن اللاحقة منها حق وإن لم يكن بالفعل ، لكنه بالقوة القريبة منه ، لحصول السبب والمعدات للملك ، ولم يتخلف منها سوى وجودهم ، وحينئذ فلا سبيل إلى إبطال حقهم ، فيجب أن يشتري به عبداً ، وبعض عبد يكون وقفاً ، إبقاء للوقف بحسب الأمكان ، وصيانة له عن الإبطال ، وتوصلاً إلى غرض الواقف ، ولأن الوقف تابع لبقاء المالية ، ولهذا

يجب الشراء بقيمته - حيث يجوز بيعه - يكون وفقاً .

وأما الثاني فوجهه أن الوقف ابتداء متعلق بالعين ، لأن موضوعه العين الشخصية لا غير وقد بطلت باتلافه ، فامتنع أن يكون لمن سيوجد من البطون فيه حق ، لأنهم حال الحياة غير مستحقين ، ووقت صيرورتهم مستحقين قد خرج التالف عن كونه وفقاً ، هكذا قرره في المسالك .

ثم أنه أورد على الدليل الثاني حيث أنه اختار القول الأول ما لفظه : ويضعف بأن القيمة بدل عن العين ، فيملكها على حد ما يملكها ، ويتعلق بها حق من يتعلق حقه بها والوقف وإن لم يتناول القيمة مطابقة ، لكنه يتناولها اقتضاء ، من حيث أنها قائمة مقام العين ، ولأن الوقف أقوى من حق الرهن ، وهو يتعلق بالقيمة ، والوقف أقوى ، وحينئذ فالأقوى الأول .

أقول : لوصح بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه التعليقات العقلية ، لاتبه قوة ما قواه (قدس سره) سيما أنه الأوفق بالأحتياط المطلوب في أمثال هذه المقامات الخالية من النصوص ، إلا أنك قد عزفت ما فيه في غير مقام مما تقدم .

بقي في المقام فوائد يحسن التنبيه عليها :

الأولى : ظاهر الأكثر أن محل الخلاف ما قدمنا ذكره من الجناية الموجبة للمال دية أو غيرها ، والظاهر من كلام المحقق في الشرايع أن محل الخلاف الدية خاصة ، وأما ما كان أرشاً فإنه للموجودين من غير خلاف ، ومقتضى الدليل المتقدم يؤيد ما ذكره الأكثر .

الثانية : أنه على تقدير شراء عبد أو بعض عبد يكون وفقاً ، فمن الذي يتولى ذلك ؟ قال شيخنا الشهيد في شرح الأرشاد : والأجود تفويضه الى الناظر الخاص ، فإن تعذر فالناظر العام ، وإن تعذر فالموقوف عليه ، قضية للشرط في النظر عموم حكم الحاكم على البطون ، وأولية الموقوف عليه ، وفي المسالك

أنه يبنى على الخلاف المتقدم ، فإن حكمنا بالملك للموقوف عليه ، فإن حق الشراء راجع اليه ، لأنه المالك لذلك ، والبطون اللاحقة تابعة لهم ويحتمل الحاكم نظراً الى حق البطون اللاحقة ، وأن للحاكم حق الولاية عليهم دون البطون المتقدمة وإن حكمنا بكونه لله سبحانه فللحاكم لا غير ، وإن حكمنا للواقف فالوجهان الأولان .

أقول : ولوتعذر الحاكم فالظاهر قيام عدول المؤمنين بذلك ، كما في غير هذا الموضع من الامور الحسبية ، وقيل : بتقديم الموقوف عليه ، والأظهر الأول .
الثالثة : انه هل يصير وفقاً بمجرد الشراء أم يفتقر الى الصيغة ؟ قال في المسالك : كل محتمل ، وإن كان الأول أقوى ، لأنه بالشراء يصير بدلاً عن العين كالرهن وعلى الثاني يباشره من يباشر الشراء أقول : وبالأول صرح شيخنا الشهيد (رحمة الله عليه) في الارشاد .

الرابعة : قال في المسالك : لو لم تف القيمة بعبد كامل اشترى شقص بها امتثالاً للأمر بحسب الامكان ، ولو فضل منه فضل عن قيمة عبد اشترى معه ولو شقص آخر .

أقول : قوله امتثالاً للأمر بحسب الامكان لا أعرف له معنى في هذا المكان ، إذ لا نص كما عرفت ، إلا أن يكون المراد بناءً على ما يدعونه قصد الواقف .

الخامسة : قال شيخنا الشهيد في شرح الارشاد : والأقرب أن البديل يجب كونه من جنس الموقوف ، لأنه أقرب الى الوقف ، وكلام المصنف هنا يشمل الجنس وغيره ، وحينئذ تجب المساوات في الذكورة والأنوثة ، وإن أمكن المساوات في باقى الصفات أو معظمها فهو أولى ، ولو قيل : في القيمي بضمانه بالمثل وأممكن له مثل ، كان هو الوقف ، واستغنى عن الشراء ، وإن قيل : بالقيمة وأتى بعبد بالصفات أمكن وجوب قبوله ، لأن غاية القيمة صرفها في مثله ، انتهى .

السادسة : هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرض أو الدية ؟

ج ٢٢ في انصراف الوقف على سبيل الله الى ما يكون وصلة الى الثواب ٢٣٩

قال في المسالك : يبنى على أن البطون اللاحقة هل تشار كهم فيه أم لا ؟ فعلى الأول ليس لهم العفو ، وعلى الثاني لهم ، لانحصار الحق فيهم .

السابعة : قال : في المسالك : على تقدير المشاركة لو عفى الأول فللثاني أن يستوفي ، لوجود سبب الاستحقاق من حين الجناية وان لم يثبت بالفعل ، مع احتمال العدم ، لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو ، وعلى تقدير جواز استيفاء الثاني هل له القصاص كالأول ان كانت الجناية توجه أم يختص بالدية ؟ وجهان : من مساواته للأول في الاستحقاق ، ومن تغليب جانب العفو بحصوله من الأول ، والأقوى الأول .

أقول : لا يخفى أن قضية المشاركة - وان كان أخذ حق أحد الشريكين موقوفاً على وجوده - هو أن حكم الثاني كالأول في كل من الأمرين المذكورين ، قوله في الاحتمال المذكور « لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو » مدفوع بأن الساقط انما هو حق أولئك العافين ، لاحق هؤلاء المتأخرين ونحوه قوله في الثاني لتغليب جانب العفو بحصوله من الأول ، فان الحاصل من الأول انما هو بالنسبة اليه ، لا الى شريكه ، وهو ظاهر والله العالم .

المسئلة الثالثة : المشهور بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) أنه اذا وقف في سبيل الله انصرف الى كل ما يكون وصلة الى الثواب ، لأن السبيل بمعنى الطريق فيكون المراد كلما يكون طريقاً الى حصول الثواب منه سبحانه ، ويكون وسيلة الى رضوانه ، وكذا لو قال : في سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير ، فان مرجع الثلاثة الى أمر واحد ، وهو سبيل الله بالمعنى المتقدم .

وخالف الشيخ في أحد قولييه في الموضعين ، فقال : في الأول ان سبيل الله الغزاة الملقطوعة ، دون العسكر المقاتل على باب السلطان ، والحج والعمرة يقسم أثلاثاً فخص السبيل بهذه الثلاثة ، وعن ابن حمزة أن سبيل الله ، المجاهدون .

وقال في الثاني : بقسمته أثلاثاً فثلث للغزاة والحج والعمرة ، وهو سبيل الله ، وثلث الى الفقراء والمساكين ، ويبدأ بأقاربه ، وهو سبيل الثواب ، وثلث الى خمسة

أصناف من الذين ذكرهم الله في آية الصدقة ، وهم الفقراء ، والمساكين ، وابن السبيل ، والغارمون ، والرقاب ، ولا يخلو من تحكم ، فإننا لم نقف له على دليل على هذا التفصيل .

أقول : وقد تقدم في كتاب الزكاة (١) في معنى سبيل الله فمما تدل على القول المشهور رواية علي بن إبراهيم (٢) في تفسيره عن العالم عليه السلام قال : وفي سبيل الله قوم يخرجون الي الجهاد ، وليس عندهم ما يتقودون به ، أو قوم مؤمنون ليس عندهم ما يحجون به ، أو في جميع سبيل الخير ، فعلى الامام أن يعطيهم من مال الصدقات حتى يقروا على الحج والجهاد ، وأشرنا ثمة أيضاً الى ان الظاهر من بعض الروايات أن تفسير السبيل بالجهاد ، انما كان تقيّة ، حيث أن مذهب العامة ذلك ، والله العالم .

المسئلة الرابعة : اذا وقف على مواليه ، فان انحسرت الموالى في الأعلى أو الأسفل فلا اشكال ، والمراد بالأعلى هم المعتقدون له ، بأن باسروا العتق وأنتهى اليهم ولاية العتق ، والأسفل هم من أعتقهم بعد عتقه كذلك ، فان اجتمعوا فان كانت ثمة قرينة تدل على ارادة أحد الصنفين أو كليهما فلا اشكال أيضاً ، وان انتفت القرائن وجب الرجوع اليه في تفسير ذلك وما أراد به ، فان تعذر الرجوع اليه أو أخبر بأنه لم يقصد شيئاً بخصوصه ، وانما بنى على مدلول اللفظ ، فهل يبطل الوقف أو يصح ويصرف اليهما أو الى أحدهما أو يفرق بين المفرد والجمع ؟ أقوال .

فنقل عن الشيخ في المبسوط والخلاف القول بالصحة ، قال في الخلاف : اذا وقف على مولا ، وله مولى من فوق ، ومولى من أسفل ، ولم يبين انصرف اليهما ، لأن الاسم يتناولهما ، فيجب صرفه اليهما ، كما لو أطلق الوقف على الاخوة انصرف اليهم وان كانوا متفرقين ، وليس ذلك بمجهول ، كما أن الوقف

(١) ج ١٢ ص ١٩٩ .

(٢) تفسير القمى ج ١ ص ٢٩٨ ، الوسائل ج ٦ ص ١٤٥ ح ٧ .

على الأخوة ليس بمجهول ، وبذلك قال ابن ادريس أيضاً ، معللاً بتناول الاسم ، إلا أن الشيخ فرضه في المفرد ، وابن ادريس فرضه في الجمع ونحوه المحقق في الشرايع ، فانه تبع الشيخ في الحكم بالصحة ، إلا أنه فرضه في الجمع .

وقال ابن حمزة : اذا وقف على مولاه اختص بمولى نفسه ، دون مولى أبيه وبمولاه الذي اعتقه ، دون مولى نعمته ، إلا اذا لم يكن له مولى عتق ، وكان له مولا نعمة ، وإن قال : على موالى دخل فيه مولى العتاقة ، ومولى النعمة .

وقال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والوجه أن نقول : ان عرف بقرينة حالية أو مقالية قصده فيهما حمل لفظه عليه ، عملاً بالقرينة ، وان اتفتت القرائن فان كان اللفظ مفرداً ليس بجمع بطل الوقف ، وان كان جمعاً وقلنا بجواز ارادة معنى المشترك من لفظ الجمع حمل عليهما ، وان قلنا إن حكمه حكم الواحد بطل ، لنا أننا قد بينا في أصول الفقه أنه لا تجوز ارادة معنى المشترك منه بلفظ واحد ولا شك أن لفظة مولى من الألفاظ المشتركة بين المعالي المتضادة ، وهي المعتقد والمعتق ، وقول الشيخ أن الاسم يتناولهما ، قلنا : ان أراد ذلك على سبيل الجمع ، فهو ممنوع لأن الواضع لم يضعه لكلا المعنيين ، فيكون استعماله فيهما استعمالاً لللفظ في غير موضوعه والقياس على الأخوة ضعيف ، لأن الأخوة موضوع لمعنى واحد ، يتناول المتقرب بالأبوين وأحدهما على سبيل التواطؤ ، بخلاف المولى ، وقول ابن ادريس يشعر بمتابعته للشيخ ، وقول ابن حمزة في الجمع جيد ، أما في المفرد فحمله على المعتقد ضعيف ، وكونه أقوى من المولى من أسفل لأنه يرث لا يخرج اللفظ عن كونه مشتركاً ، ولا يوجب ترجيحاً في التناول ، انتهى .

وظاهر شيخنا الشهيد (رحمة الله عليه) في شرح الارشاد الميل الى ما ذكره العلامة هنا من الفرق بين المفرد والجمع ، والبطلان في الأول دون الثاني ، قال بعد الكلام في المسئلة : واعلم أن الصحة وتناول الجميع يقوى اذا كان اللفظ بصيغة الجمع ، كالمسئلة المفروضة ، فان بعض من منع استعمال المشترك المفرد في كلامه

أجازه في الجمع ، ولأنه يكون جمعاً مضافاً وهو للعموم ، كما قرر في الأصول ، وإن كان اللفظ مفرداً كما لو وقف على موله ، يقوى البطلان ، ونصر شيخنا المرتضى عميد الدين الصيحة في المجموع ، وهو ظاهر المصنف في المختلف لأنه لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له ، انتهى .

أقول : قد تقدم في مواضع من كتب العبادات الإشارة إلى أن ما اشتهر بينهم في الأصول من عدم جواز استعمال المشترك في معينه مما يظهر من الأخبار خلافه ، وبذلك اعترف في الذكرى أيضاً ، ومنه تظهر قوة ما ذهب إليه الشيخ ، وكيف كان فالمسئلة لما عرفت محل اشكال ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : في الوقف على الأولاد ، وله صور : أحدها - الوقف على أولاد الأولاد ، والظاهر أنه لا خلاف في أنه إذا وقف على أولاد أولاده فإنه يشترك أولاد البنين والبنات ذكورهم وأنثاهم من غير تفصيل .

أما الحكم الأول ، فلان اطلاق الولد شامل للذكور والاناث بلا اشكال لقوله سبحانه (١) « يوصيكم الله في أولادكم للذكور مثل حظ الأنثيين » ونحوها فيصدق على أولادهم مطلقاً أنهم أولاد أولاد ، وإن اختلف في صدق الأولاد على أولاد الأولاد ، كما سيأتي ذكره ان شاء الله تعالى .

وأما الحكم الثاني فلاقتضاء الاطلاق ذلك ، واقتضاء الاشتراك التسوية حتى يقوم الدليل على خلافها ، وكما يدخل الذكور والاناث في لفظ الولد تدخل الخنثائي أيضاً ، أما لو كان بلفظ البنين خاصة أو البنات خاصة ، وأولادهم ، فالظاهر عدم صدق ذلك عليهم ، وأما لو جمعتهما بأن قال : على البنين والبنات وأولادهم فهل يدخلون في ذلك أم لا ؟ قولان للعلامة في القواعد والتحرير منشأ الثاني منهما أنهم ليسوا بذكور ولا اناث ، والأول أنهم لا يخرجون عن الصنفين في نفس الأمر ، ولهذا يستخرج أحدهما بالعلامات ، ومع فقدتها تراث نصف النصيبين .

ورد بأنه لا كلام مع وجود العلامة ، ولادلالة لنصيبين على حصره
فيهما ، بل يمكن دلالة على عدمه ، وجاز أن تكون طبقة ثالثة متوسطة النصيب
كما أنها متوسطة الحقيقة .

الثانية - ما لوقال : على من انتسب الي ، قال في الشرايع لم يدخل أولاد
البنات ، وقال بعد ذكر العبارة هذا هو المشهور ، وقد تقدم خلاف المرتضى في ذلك ،
فانه حكم بدخولهم في الأولاد حقيقة ، وهو يقتضى انتسابهم بطريق أولى .

أقول : ونحن قد استوفينا الكلام بما لا يحوم حوله نقض ولا ابرام في هذا
المقام ، وأوضحنا ضعف هذه الأوهام في كتاب الخمس (١) ولكن ربما تعذر على
الناظر هنا الرجوع إلى ذلك ، فلا علاج ان ارتكبنا مرارة التكرار في بيان ضعف
هذا الكلام ، دفعاً لثقل المراجعة على النظائر :

فنقول : أما ما ذكره من أن أولاد البنات لا يدخلون في النسبة الى أب
الأم ، فقد علله العلامة في المختلف في كتاب الخمس في مقام الرد على المرتضى
(رضي الله عنه) فقال : لنا أنه إنما يصدق الانتساب حقيقة إذا كان من جهة الأب
عرفاً ، فلا يقال : تميمي إلا إذا انتسب اليهم بالأب ، ولا حارثي إلا إذا انتسب الى
حارث بالأب ، ويؤيده قول الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا و بنائنا بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

وما رواه حماد بن عيسى (٢) قال : رواه لي بعض أصحابنا عن العبد الصالح
أبي الحسن الأول عليه السلام ومن كانت أمه من بني هاشم وأبوه من سائر قريش ، فان
الصدقة تحل له ، وليس له من الخمس شيء لأن الله تعالى (٣) يقول أدعوهم
لآبائهم ، ولأنه أحوط ، انتهى .

(١) ج ١٢ ص ٣٩٠ الى ص ٤١٦ .

(٢) اصول الكافي ج ١ ص ٥٣٩ ح ٤ ، الوسائل ج ٦ ص ٣٥٨ ح ٨ .

(٣) سورة الاحزاب - الآية ٦ .

وفيه نظر من وجوه ، أحدها - ما ادعاء من أنه لا يصدق الانتساب حقيقة إلا إذا كان من جهة الأب ، فان الأخبار عموماً وخصوصاً متظافرة بخلافه ، فمن الاول مارواه في الكافي في كتاب الروضة والثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي الجارود (١) قال : قال أبو جعفر عليه السلام : يا أبا الجارود ما يقولون لكم في الحسن والحسين عليهما السلام قلت : ينكرون علينا أنهما ابنا رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال : فأني شيء احتججتهم عليهم ؟ قلت : احتججنا عليهم بقول الله تعالى في عيسى ابن مريم (٢) ومن ذريته داود وسليمان ، ثم ساق الآية قال : فأني شيء قالوا لكم ؟ قلت : قالوا : قد يكون ولد الابنة من الولد ، ولا يكون من الصلب ، قال : فأني شيء احتججتهم عليهم قلت : بقول الله تعالى لرسوله قل تعالوا ندع أبناءنا وأبنائكم ونساءنا ونسائكم ، (٣) قال : فأني شيء قالوا ؟ قلت : قالوا : قد يكون في كلام العرب أبناء رجل ، ويقول آخر أبنائنا قال : فقال أبو جعفر عليه السلام : يا أبا الجارود لأعطينتكها من كتاب الله عز وجل أنهما من صلب رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) لا يردها إلا الكافر قلت : فأين ذلك جعلت فداك ؟ قال : من حيث قال الله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم ، (٤) الآية إلى أن انتهى إلى قوله « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فسلمهم يا أبا الجارود هل كان يحل لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) نكاح حليتيهما ؟ فان قالوا : نعم كذبوا وفجروا ، وان قالوا : لا فهما ابناه لصلبه ، الحديث . أقول : لا يخفى أن تأويل المخالفين للآيتين الأولتين مرجعه إلى التجوز ، كما يدعيه أصحابنا هنا مع ما في الخبر من التشنيع الفضيع على من قال من أصحابنا بالقول المشهور ، تبعاً للعادة العمياء في هذا الباب ، نعوذ بالله من طغيان

(١) الكافي ج ٨ ص ٢٦٣ ح ٥٠١ ، تفسير القمي ج ١ ص ٢٠٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٦ ح ١٢

(٢) سورة الانعام - الآية ٨٤ و ٨٥ .

(٣) سورة آل عمران - الآية ٦١ .

(٤) سورة النساء - الآية ٢٣ .

الأقلام ، وزينغ الأفهام ، ولكن العذر لهم (رضوان الله عليهم) بقصور التتبع للأخبار ، وبمضمون هذا الخبر أخبار عديدة ، قد تقدمت في الكتاب المشار إليه آنفاً .

ومن الثاني مارواه في الكافي في باب ما نص الله ورسوله على الأئمة عليهم السلام واحداً فواحد بسند صحيح عن عبدالرحيم بن روح القصير (١) « عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله عز وجل « النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم » (٢) ثم ساق الحديث الأول على اختصاص الامامة بهم الى أن قال : فقلت : هل لولد الحسن فيها نصيب ، فقال : لا والله يا عبدالرحيم ما لمحمدي فيها نصيب غيرنا .

ومارواه الصدوق في كتاب معاني الأخبار عن حمزة ومحمد ابني حمران (٣) « عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال عليه السلام فيه بعد ذكر حمران لعقيدته في الامامة ماصورته : يا حمران مد المطمر بينك وبين العالم ، قلت : ياسيدي وما المطمر ؟ قال : أنتم تسمونه خيط البناء فمن خالفك على هذا الأمر فهو زنديق ، قلت : وان كان علويّاً فاطمياً فقال أبو عبدالله عليه السلام : وان كان محمديّاً علويّاً فاطمياً .

وهما كما ترى صريحان في صحة النسبة اليه (صلى الله عليه وآله وسلم) ، مع أن ذلك انما من جهة الأم ، وأن كل من كان من ذريته في أبناء ابنته ، فهو محمدي ، وبه يظهر أن ما ادعاه (قدس سره) من أنه لا تصح النسبة ، ولا يقال : تميمي ولا حارثي الا لمن انتسب بالأب كلام شعري ، لا تعويل عليه ، والظاهر أنه مأخوذ من كلام العامة العمياء المنكرين لكون ابن البنت ابناً حقيقياً ، للتوصل بذلك الى الطعن على الأئمة عليهم السلام كما هو المفهوم من جملة من الأخبار التي اثبتنا عليها في الكتاب المتقدم ذكره .

ومن ذلك أيضاً مارواه في الكافي في حديث طويل في باب ما يفصل به بين

(١) الكافي ج ١ ص ٢٨٨ ح ٢ .

(٢) سورة الاحزاب - الآية ٦ .

(٣) معاني الاخبار ص ٢١٢ ط تهران سنة ١٣٧٩ .

دعوى المحقق والمبطل في الإمامة (١) « عن أبي جعفر عليه السلام قال: في آخره الله بيننا وبين من هتك سترنا وجحدنا حقنا وأفشى سرنا ونسبنا إلى غير جدنا » الحديث . ومارواه العياشي في تفسيره والبرقي في محاسنه (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : والله لقد نسب الله عيسى بن مريم في القرآن إلى إبراهيم من قبل النساء ، ثم تلا ومن ذريته ... الآية .

وثانيها - أن الاستناد إلى هذا البيت ، في مقابلة الآيات المتظافرة والروايات المتكاثرة الدالة على كون ولد البنت ولداً حقيقياً ، مما لا يلتفت إليه ، ولا يعول عليه ، كما صرح بذلك الشيخ في الخلاف في كلامه المتقدم في المسئلة الخامسة من سابق هذا المطلب ، وقد فسر معنى البيت المراد منه بأن الشاعر أراد الانتساب بمعنى أن أولاد البنات لا ينسبون إلى أمهم ، وإنما ينسبون إلى أبيهم .

وثالثها - ما ذكره من مرسله حماد ، فإن فيه أولاً أنه بمقتضى اصطلاحهم ، فإن الخبر ضعيف ، لا تقوم به حجة كما ذكره في أمثاله .

وثانياً أنه معارض بالآيات القرآنية والأحاديث المتكاثرة الدالة على خلافه عموماً وخصوصاً ، ومن الثاني مارواه الشيخ المفيد (رحمة الله عليه) في كتاب الاختصاص (٣) في حديث طويل عن الكاظم عليه السلام مع الرشيد ، وفيه قال الرشيد له عليه السلام لم لا تنهون شيعتكم عن قولهم لكم يا ابن رسول الله ، وأنتم ولد علي ، وفاطمة إنما هي وعاء ، والولد ينسب إلى الأب لا إلى الأم ، فقال عليه السلام بعد أن طلب منه الأمان وآمنه : أعوذ بالله السميع العليم ، ثم أورد عليه آية عيسى (٤) عليه السلام ، ثم أورد آية المباهلة (٥) ومارواه في كتاب الاحتجاج (٦) عن الكاظم عليه السلام في حديث طويل لما

(١) أصول الكافي ج ١ ص ٣٥٦ ح ١٦ .

(٢) المحاسن ج ١ ص ١٥٦ ط تهران ح ٨٨ ، تفسير العياشي ج ١ ص ٣٦٧ ح ٥٢ .

(٣) الاختصاص ص ٥٤ ط ايران سنة ١٣٧٩ .

(٤) سورة الانعام - الآية ٨٤ و ٨٥ .

(٥) سورة آل عمران - الآية ٦١ .

(٦) عيون أخبار الرضا ج ١ ص ٨٣ في ضمن الحديث ٩ ، الاحتجاج ج ٢ ص ١٦٣ .

أدخل على الرشيد وموضع الحاجة منه أنه قال له الرشيد : لم جوزتم للعامة والخاصة أن ينسبوكم إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ويقولون يا ابن رسول الله وإنما ينسب المرء إلى أبيه ، وفاطمة ، إنما هي وعاء ، والنبي (صلى الله عليه وآله وسلم) جدكم من قبل أمكم فقال : يا امير المؤمنين لو أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) نشر فخطب اليك كريمتك هل كنت تجيبه ؟ فقال : سبحان الله ولم لأجيبه بل أفتخر على العرب وقريش بذلك ، فقال : لكنه لا يخطب الي ، ولا أزوجه ، فقال : ولم فقلت لأنه ولدني ولم يلدك ، فقال : أحسنت يا موسى ، ونحوهما غيرهما والتقريب في هذين الخبرين ونحوهما أن الرشيد لما أنكر عليه نسبتهم عليه السلام إليه (صلى الله عليه وآله وسلم) بواسطة الأم وإنما ينسب المرء إلى أبيه ، كما ذكره عليه السلام في رسالة حماد المذكورة واحتج بقوله (١) « أدعوهم لأبائهم » احتج عليه بالآيات المذكورة ، وما ذكره الرشيد في هذه الأخبار في انكاره عليه هو عين ما ذكره عليه السلام في رسالة حماد التي استند اليها الخصم ، مع أنه عليه السلام في هذه الأخبار قد رد ذلك بالآيات المذكورة الدالة على البنية حقيقة ، ولو كانت البنية في هذه المواضع إنما هي على جهة المجاز كما يدعيه العامة ومن قال بقولهم من أصحابنا ، (سامحهم الله بغفرانه) فكيف يحتاج إلى الاستدلال بهذه الآيات ، بل كيف يعترض الرشيد وغيره عليهم بهذه التسمية ، وباب المجاز واسع ، وهو لا يوجب فخراً ولا يخذل ذكرأ فلولا أن المخالفين من الرشيد وغيره عالمون بأن دعواهم البنية إنما هو على الحقيقة لما اعترضوا عليهم بذلك ، ولما احتاجوا عليه السلام إلى الاستدلال بهذه الآيات ونحوها ، لما عرفت ، وهذه الآيات لا تصلح للاستدلال إلا بناء على دعوى البنية الحقيقية ، وهذا بحمد الله ظاهر تمام الظهور لمن اطلع على الأخبار والآيات الظاهرة ، كالنور على الطور ، ولم يعترض بصيرته قصور ولا قوت . وأما ما ذكره في المسالك ومثله غيره من نسبة هذا الخلاف إلى المرتضى

(رضي الله عنه) خاصة فهو عجب وأي عجب ، فان هذا القول مذهب جملة من متقدمي الأصحاب ، بل ربما كان هو المشهور بينهم كما تقدمت الإشارة إليه في المسئلة الخامسة من مسائل المطلب المتقدم ، وقد ذكرنا في كتاب الخمس (١) من ذهب إلى ذلك من علمائنا المتقدمين والمتأخرين ، بما ربما يزيد على عدد من صرح بالخلاف المشهور بين المتأخرين ، والله العالم .

الثالثة - مالو وقف على أولاده ، المشهور بينهم أنه يختص بالأولاد لصلبه ، دون أولاد الأولاد ، إلا أن يكون هناك قرينة تدل على دخولهم ، كقوله الأعلى فالأعلى ، أو بطناً بعد بطن ، أو يقف على أولاد فلان ، وهو يعلم أن لأولاده لصلبه ، ونحو ذلك ، وقيل : يشترك الجميع إلا مع القرينة ، وهو الأظهر ، احتج القائلون بالقول الأول بان المتبادر من الولد هو ما كان لصلب ، ولا يفهم منه ولد الولد إلا بالقرينة .

قالوا : ولهذا يصح سلبه عنه ، فيقال ، ليس ولدي ، بل ولد ولدي .

أقول : فيه أن المفهوم من الآيات الكثيرة في باب الميراث ، والنكاح ، والأخبار المستفيضة هو أن الولد حقيقة أعم من أن يكون من صلب بلا فاصلة أو بفاصلة سواء كان الفاصلة ذكراً أم أنثى ، وقد اعترف بدلالة الآيات على ذلك في المسالك في باب الميراث في مسألة أن أولاد الأولاد هل يقومون مقام آبائهم في الميراث ؟ فلكل نصيب من يتقرب به ، أو يقتسمون اقتسام أولاد الصلب ، حيث ذكر أن القول الثاني مذهب المرتضى ، وجماعة من الأصحاب ، ثم استدل لهم بآيات تحريم حلالة الأبناء ، وتحريم بنات الابن والابنة ، والحجب بهم للأبوين ، والزوجين .

ثم قال : وهذه توجيهات حسنة ، إلا أن الدليل قد قام أيضاً على أن أولاد البنات ليسوا أولاداً حقيقة لثبوت ذلك في اللغة وصحة السلب الذي هو علامة المجاز ، وفيه أنه مع تسليم دلالة اللغة على ما ذكره فعرف الشرع مقدم على عرف

ج ٢٢ في شمول الوقف على أولاده لأولاده مع الواسطة وعدمه ٢٤٩

اللغة ، وهو قد اعترف بدلالة الآيات على ذلك ، ومثلها الأخبار كما ستعرفه ان شاء الله تعالى وحينئذ يلتفت الى ما دل عليه كلام أهل اللغة لو كان كما يدعونه وأما الاستناد الى ما ذكره من صحة السلب في قول القائل هذا ليس ولدي ، بل ولد ولدي ، وهو عمدة أدلتهم فهو على إطلاقه ممنوع ، فاننا لانسلم سلب الولدية حقيقة ، فان حاصل المعنى بقرينة الإضراب أن مراد القائل المذكور انما هو أنه ليس بولدي بلا واسطة ، بل ولدي بالواسطة ، فالمنفى حينئذ انما هو كونه ولده بلا واسطة ، والولد الحقيقي عندنا أعم منها ، ولو قال ذلك القائل : ليس ولدي من غير الإضراب منعنا صحة السلب .

وأما الأخبار الواردة في المقام فمنها رواية أبي الجارود المتقدمة : وهي صريحة في كون ولد البنت ولداً للصلب ، كما عرفت ، ونحوها الروايات الأخر .

ومنها ما رواه في الكافي في أبواب الزيارات بسنده عن بعض أصحابنا (١) قال حضرت أبا الحسن الأول عليه السلام وهارون الخليفة وعيسى بن جعفر وجعفر بن يحيى بالمدينة قد جاؤا الى قبر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال هارون لأبي الحسن عليه السلام تقدم ، فأبى فتقدم هارون فسلم وقام ناحية ، وقال عيسى بن جعفر : لأبي الحسن عليه السلام تقدم فأبى ، فتقدم عيسى فسلم ووقف مع هارون ثم ساق الخبر الى أن قال : وتقدم أبو الحسن عليه السلام فقال : السلام عليك يا أبة أسأل الله الذي اصطفاك واجتباك وهداك وهدى بك أن يصلي عليك ، فقال هارون لعيسى : سمعت ما قال ؟ قال : نعم ، فقال هارون : أشهد أنه أبوه حقاً .

أقول : لو كان لفظ الأب هنا انما هو مجاز كما يدعيه أصحابنا تبعاً للعمامة العمياء فأبي فخر فيه ، حتى أنه عليه السلام يعبر به ، ثم انظر الى شهادة هارون بأنه أبوه حقاً ، وأي محل للحمل على المجاز في ذلك ، لولا عدم التدبر في الأخبار ، والوقوف عليها .

(١) فروع الكافي ج ٤ ص ٥٥٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٠ ص ٢٦٨ ح ٤ .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) بطرق عديدة ، ومتون متقاربة عن عايد الأحمسى (١) قال : دخلت على أبى عبد الله عليه السلام عليك يابن رسول الله فقال : وعليك السلام أي والله أنا لولده ، وما نحن بذوي قرابته .

أقول : انظر الى صراحة كلامه عليه السلام في أنهم ولد حقيقة له (صلى الله عليه وآله وسلم) - لأنهم من ذوي قرابته وأن اطلاق الولد عليهم انما هو مجاز - كما يدعيه من لم يعض على التطلع في الأخبار - بضرر قاطع ، وأكده ذلك بقسمه بالله سبحانه ، الى غير ذلك من الأخبار التي ذكرناها في كتاب الخمس (٢) ومجمل القول فيها أنها قد دللت على دعواهم عليه السلام بالنسبة له (صلى الله عليه وآله وسلم) واقتضاهم بذلك ، وأن شيعتهم كانوا عاكفين على تسميتهم بذلك ، وان المخالفين أنكروا ذلك عليهم ، وهم كاللحم قد استدلوا بالآيات القرآنية كما عرفت ، فلو لأن المراد البنوة الحقيقية ، لما كان لما ذكر من هذه الامور وجه بالكلية ، لأن المجاز لا يوجب الافتخار ، ولا يتوقف على الاستدلال ، ولا يكون محلاً للمخاصمة والجدال بل هذه الاشياء إنما تترتب على المعنى الحقيقي ، كما لا يخفى على الناقد البصير ، ولا ينبئك مثل خبير .

ولكن أصحابنا (سامحهم الله برضوانه) لما لم تصل هذه الأخبار الى نظرهم ، ولم يطلعوا عليها بالكلية جردوا على ما جرت عليه العادة العمياء في المباحث الأصولية ، إلا أن الآيات حجة ظاهرة عليهم ، وهي مكشوفة لديهم فخر وجههم عنها الى التمسك بهذه التخريجات الضعيفة من قول اعرابي بوال على عقبه ، وما ذكره من صحة السلب ونحو ذلك كله رمي في الظلام ، كما لا يخفى على ذوي الأفهام .

(١) فروع الكافي ج ٣ ص ٤٨٧ ح ٣ ، الوسائل ج ٣ ص ٥٠ ح ١٠ .

(٢) ج ١٢ ص ٣٩١ .

ولذلك مال إلى هذا القول زيادة على من ذكرنا من المتقدمين جملة من من متأخري علمائنا الأعلام، والله العالم .

الرابعة - ما لو قال : على أولادي وأولاد أولادي ، فانه على المشهور بين المتأخرين يختص بالبطنين المذكورين من البطون المتجددة ، لأنهم أولاد عندنا حقيقة كما عرفت ، والله العالم .

الخامسة - لو قال : على أولادي فان انقرضوا وانقرض أولاد أولادي فعلى الفقراء ، فانه لاشك في صحة الوقف على أولاده ، لكن بعد انقراضهم فهل يرجع الوقف إلى أولاد الأولاد ؟ ثم بعد انقراضهم إلى الفقراء ؟ أو يرجع إلى الفقراء بعد انقراض أولاده ، ولا يرجع إلى أولاد الأولاد ، قولان : قال في المبسوط : اذا قال : وقفت على أولادي فاذا انقرضوا أولادي وأولاد أولادي فعلى الفقراء ، فانه صرح بالوقف على أولاده أولاً ، وعلى الفقراء والمساكين ، فعلى هذا اذا انقرض أولاده وبقي أولاد أولاده صرف انتفاعه إلى أقرب الناس إليه ، إلى أن ينقرضوا ، فاذا انقرضوا صرف إلى الفقراء ، ومنهم من يقول : يكون وقفاً على أولاد أولاده بعد انقراض أولاده ، لأنه شرط انقراضهم ، وذلك بظاهره يقتضي أنه وقف عليهم ، كما لو صرح به ، فعلى هذا يصرف إليهم بعد الأولاد ، فاذا انقرضوا صرف إلى الفقراء ، وهذا أقوى .

قال العلامة في المختلف - بعد نقل كلام الشيخ المذكور : والوجه عندي الأول ، لأن الوقف بصريحه دل على صيرورته إلى أولاده ، ثم بعدهم وبعد أولاد أولاده يصرف إلى الفقراء ولادلالة صريحة على صيرورته بعد أولاده إلى أولاد أولاده ، وأما الدلالة الالتزامية فهي منفية هنا أيضاً ، لا يمكن اقتران كلا النقيضين بهذا اللفظ ، ويكون اللفظ معه صادقاً ، فصدقه أعم من اقترانه بالصيرورة إلى أولاد أولاده ، ومن اقترانه بعدم ذلك ، ولادلالة للعام على الخاص ، قوله شرط انقراضهم يقتضي مشاركتهم ، فأى وجه لترتيبهم على أولاد ، فهلا شاركهم ، فانه لم يوجد ما يدل على الترتيب فكأنه قال : وقفت على أولادي وأولاد أولادي ، فاذا انقرضوا

جميعاً فعلى الفقراء ، انتهى .

والظاهر أن هذا القول هو المشهور بين المتأخرين وقوته بالنظر الى تعليلاتهم ظاهرة ، فان أولاد الأولاد لم يتعرض للوقف عليهم بالكلية ، فكيف يدخلون في الوقف ، ومجرد اشتراط انقراضهم في الوقف على الفقراء لا يستلزم كونه وفقاً عليهم ، لانتفاء وجه التلازم ، ولأنه لودل ذلك على الوقف عليهم أوجب التشريك بينهم وبين الأولاد ، لانتفاء ما يبدل على الترتيب كما ذكره العلامة مع أنه لا يقول به . هذا كله بناء على ما هو المشهور بين المتأخرين من عدم دخول أولاد الأولاد في اطلاق الأولاد ، وأما على القول بدخولهم كما هو المختار ، وبه صرح الشيخ المفيد وابن إدريس وغيرهم ممن تقدم ذكره ، فانه لا شك في صحة الوقف المذكور ، وأنه إنما ينتقل إلى الفقراء بعد انقراض أولاد الواقف من اولاد الصلب ومن بعدهم من الأولاد ، وان تعددت الطبقات وتكاثرت .

بقي الكلام في أنه على تقدير عدم دخول أولاد الأولاد في الوقف وصحته على الفقراء بعد انقراض الجميع فالنماء المتخلل في تلك المسدة بعد موت الأولاد وقبل انقراض أولاد الأولاد لمن هو ؟ قد عرفت من عبارة الشيخ المتقدمة أنه يصرف إلى أقرب الناس إليه الى أن ينقرض أولاد الأولاد ، فإذا انقضوا صرف الى الفقراء .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك احتمال تفريع ذلك على انتقال الوقف وعدمه ، قال : فان قلنا ببقائه على ملك الواقف ، فلا شبهة في كونه لورثته ، وان قلنا بانتقاله الى الله ، فالمتجه صرفه في وجوه البر ، وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليه ، يكون لورثة البطن الأول .

أقول : قد تقدم في المطلب الثاني ذكر الخلاف في المنقطع الآخر ، ومثله يأتي في منقطع الوسط ، من أنه هل يصح ، ويكون وفقاً أو حبساً أو يبطل من أصله ، وقد رجحنا أنه يصير حبساً لاشتراط الوقف بالدوام ، وعلى هذا فانه يكون

النماء هنا لورثة الواقف ، ولا يعود الى الفقراء بالكلية .

وبهذا أيضاً صرح شيخنا المذكور في آخر البحث في هذه المسئلة فقال :
نعم إذا قلنا حبساً لبطلانه بانقطاع وسطه اتضح عوده الى ورثة الواقف على وجه
الملك ، ثم لا ينتقل عنهم الى الفقراء ، وهذا هو الأقوى ، انتهى .

وهو جيد بناء على مذهبهم في المسئلة ، والا فقد عرفت أن الأظهر صحة
الوقف بغير اشكال كما قدمنا ذكره ، والله العالم ، أقول : وقد تقدم بعض صور
المسئلة أيضاً في المباحث السابقة .

نتممة :

يجب اتباع الشروط المذكورة في عقد الوقف من الترتيب والتشريك ،
والتفصيل ، فلو وقف على أولاده وأولاد أولاده اقتضى ذلك تشريك البطن الأخير مع
البطن الأول ، ويأتي على ما اخترناه من دخول أولاد الأولاد في اطلاق الأولاد
اشتراك جميع البطون من غير تفصيل كما هو مقتضى الاطلاق .

ولو قال : على أولادي ثم أولاد أولادي أدق : الأعلى فالأعلى ترتبوا ، ولا يستحق
البطن الثاني شيئاً ما بقي من الأول واحد ، وكل من مات من البطن الأول فنصيبه
يرجع الى الباقي ، الا أن يقول : فنصيبه لولده ، فانه يجب اتباع الشرط المذكور ،
فلو مات أحدهم ممن ولد كان نصيبه لولده ، ولو مات بعضهم عن غير ولد كان نصيبه
للباقين من البطن ، دون الولد الذي أخذ نصيب أبيه ، والمراد بأولادي هنا هم
الذين من الصلب ، فلا يدخل فيه أولاد الأولاد لقرينة العطف .

لكن يبقى الكلام في أولاد الأولاد ، فان المشهور تخصيصهم بالبطن الثاني ،
وعلى ما اخترناه فانه يدخل فيه جميع البطون المتأخرة عن البطن الأول ،
لدخولهم في اطلاق أولاد الأولاد كما عرفت ، فالترتيب حينئذ إنما هو بين البطن
الأول ، وهم أولاد الصلب ، وبين من عداهم من الطبقات المتأخرة ، وأما الطبقات

المتأخرة من أولاد الأولاد وما بعدهم من البطون ، فانه لا ترتيب بينهم .

ولو قال : بطناً بعد بطن ، فالمشهور أنه يفيد الترتيب بين البطون ، وقال في التذكرة : انه لا يفيد ، والأقرب الأول ، ولو قال : على أولادى ثم أولاد أولادى على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف ، ثم لومات أحدهم عن ابنين فان نصيبه لابنيه ثم ان مات الثاني عن غير ولد ، فان نصيبه لباقي طبقته مع الابنين المذكورين بالسوية ، لأن الجميع أهل الوقف فيشتركون فيه ، ولومات أحد الابنين المذكورين كان نصيبه لأخيه وعمه ، لأنهم أهل الوقف ، والله العالم .

السادسة - لو خرب المسجد الموقوف ، أو خربت القرية أو المحلة لم يخرج المسجد عن الوقف ، لما عرفت من أن الوقف مقتضى للتأييد ، ولأن المسجد حقيقة إنما هو العرصه التي هي الأرض ، وهي باقية ، ولأن الغرض المقصود منه وهو الصلاة فيه باق ، فانه يصلي فيه من يمر به ، وربما تعود القرية أو يحصل من يعمره .

وبالجملة فان الخراب غير موجب للخروج عن الوقفية إذ لا منافاة ، نعم هذا إنما يتم في غير المساجد المبنية في الأرض المفتوحة عنوة ، حيث يجوز وقفها تبعاً لآثار التصرف ، وقد تقدم في مقدمات صدر كتاب التجارة (١) أنه متى زالت الآثار سواء كانت آثار التملك أو الوقف فان الأرض تعود إلى ما كانت عليه ، لزوال المقتضى للاختصاص ، إلا أن تبقى فيه رسوم أصل الحيطان كما هو الغالب ، بحيث يصدق وجود الآثار في الجملة ، فانه يكفي في بقاء حكم المسجدية ، بل هذا هو المفهوم من النصوص ، فان ما صار الآن معمولاً من البناء وتشيد الجدران ووضع السقف عليها أمر مخترع ، والمفهوم من النصوص إنما هو مجرد التحجير والعلامات الدالة على المسجدية ، ونقل عن بعض العامة خروجه عن المسجدية بالخراب قياساً عن عود الكفن إلى الوارث عند اليأس من الميت بان أخذه السيل

ج ٢٢ في جواز بيع الوقف على تقدير وقوع الخلف بين الموقوف عليهم ٢٥٥

قياس منه بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن ، ورده
الأصحاب بأنه قياس مع الفارق ، فان الكفن ملك للورثة ، فان التركة تنتقل الى
الوارث بالموت وان وجب صرفه في التكفين ، فإذا زال الموجب عاد الى ما كان
عليه ، بخلاف المسجد ، فانه قد خرج بالوقف عن ملك الواقف ، والمسجد حقيقة
إنما هي العرصة كما عرفت ، وهي باقية ، وأيضاً فان القياس من الميت الذي
أوجب رجوع الكفن الى الورثة غير مسلم هنا ، لجواز عمارة القبرية كما عرفت ،
وصلاة المادة فيه ، والياس عن المسجدية غير حاصل ، وما ذكر في الكفن عن العود
الى الوارث إنما يتم فيما لو كان الكفن من التركة ، أما لو كان من الزكاة أو
الوقف أو من باذل فانه يرجع الى أصله ، وما ذكر من الكلام هنا في المسجد
يجرى في الدار الموقوفة ، فانه بانهدام الدار لا يخرج العرصة عن الوقف ،
ولا يجوز التصرف فيها ببيع ونحوه ، والكلام في الفرق بين الأرض الخراجية
وغيرها كما تقدم في المسجد ، والله العالم .

السابعة - المشهور بين الأصحاب جواز بيع الوقف إذا وقع بين الموقوف
عليهم خلف ، بحيث يخشى خرابه ، وقد تقدم تحقيق هذه المسئلة وما فيها من
الكلام بما لا يحوم حوله للناظر نقض ولا ابرام في كتاب البيع (١) ولو انقلعت
نخلة من أرض الوقف قال الشيخ : يجوز بيعها ، لتعذر الانتفاع إلا بالبيع ، وقال
ابن ادریس : وتبعه أكثر المتأخرين انه يمكن الانتفاع بهذه النخلة من غير بيعها
كالاجارة للتسقيف ، أو جعلها جسراً ونحو ذلك .

قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : وهذه المنازعة تجري مجرى
النزاع اللفظي ، لأن الشيخ فرض سلب منافعتها على ما ذكره في دليله ، وابن ادریس
فرض لها منافع غير الثمرة ، قال في المسالك - بعد أن ذكر أن كلام ابن ادریس
جيد ، حيث يمكن الانتفاع ، والا فكلام الشيخ جيد - ما صورته : وأما ادعاء

العلامة من أنه لا نزاع بينهما إلا في اللفظ حيث أن الشيخ (رحمة الله عليه) فرض سلب منافعها كما يقتضيه دليله ، وابن ادريس فرض وجودها غير الثمرة ، فلا يخلو من حيف على ابن ادريس ، لأن دليل الشيخ اقتضى ادعائه عدم المنافع حينئذ ، لا على تقدير عدم المنافع ، ففيه قصور بين ، وحينئذ فالتفصيل أجود ، انتهى . والظاهر أن ما ذهب اليه ابن ادريس هو المشهور بين المتأخرين ، استناداً الى عدم جواز بيع الوقف ، أما على مذهب ابن ادريس فانه يمنع منه مطلقاً ، وأما على المشهور فانهم إنما يجوزونه في الصورة المتقدمة ، وهذا ليس منها ، والشيخ إنما جوزه بدعوى عدم حصول النفع الذي هو الغرض من الوقف ، فيجوز البيع حينئذ ، لبطلان الوقف ، ومتى ثبت وجود النفع كما ادعاه ابن ادريس فلا يصح البيع ، بل يبقى وقفاً على حاله ، وما ذكر من الكلام في المقام يجري أيضاً في حصر المسجد إذا خلق ، وجذعه إذا انكسر ، وتعذر الانتفاع به فيه أو في غيره .

قال في المسالك : ومتى جاز البيع وجب أن يشتري بقيمته ما يكون وقفاً على الأقوى ، مراعيّاً للأقرب الى صفة الأول فالأقرب ، ونقل في المختلف عن ابن الجنيد أنه قال : والوقف رقيقاً أو ما يبلغ حاله الى زوال ماسبله من منفعة ، فلا بأس ببيعه ، وابدال مكانه بثمنه ان أمكن ذلك ، أو صرفه فيما كان يصرف فيه منفعته ، أو رد ثمنه على منافع ما بقى من أصل ما حبس معه ، إذا كان في ذلك الصلاح ، ثم قال : وهو الأقوى عندي .

أقول : قد تقدم في مسألة بيع الوقف المشار اليها آنفاً من كتاب البيع (١) ما يؤذن بالمناقشة في ذلك ، فليراجع ، والله العالم .

الثامنة - قالوا : إذا آجر البطن الأول مدة ، ثم انقضوا في أثنائها ، فإن قلنا الموت يبطل الأجرة فلا كلام ، وإن لم نقل فهل يبطل هنا فيه تردد ، أظهره البطلان ، لأننا بيننا أن هذه المدة ليست للموجودين ، فيكون للبطن الثاني الخيار

بين الاجازة في الباقي ، وبين الفسخ فيه ، ويرجع المستأجر على تركة الأولين بما قابل المتخلف ، انتهى .

أقول : الكلام هنا يقع في موضعين : الأول - في بطلان الاجارة وعدمه بموت البطن الأول ، بناءً على عدم بطلان الاجارة بموت الموجر ، كما هو الأظهر ، وظاهر المشهور القول بالبطلان هنا ، وجعلوه من جملة المستثنيات من قاعدة عدم بطلان الاجارة بموت الموجر ، وعلل البطلان بما أشير اليه من قوله : ان هذه المدة ليست للموجودين ، وتوضيحه أن ملك الموجر هنا لما آجره غير تام ، لمشاركة باقي البطون له في ذلك بأصل العقد ، والموجر انما يملك مدة حياته ، وبعدها ينتقل الملك الى غيره ، فبموته يتعين انتهاء حقه ، فتكون اجارته بالنسبة الى بقية المدة تصرفاً في غير حقه ، متوقفاً على اجارة البطن الذي بعده ، ومن ذلك يظهر أن صحة الاجارة في هذه المدة التي اشتمل عليها العقد مراعاة ببقاء الموجر ، فلو مات في أثنائها تبين بطلان الاجارة في المدة الباقية ، ومما ذكر يظهر وجه الفرق بين اجارة البطن الأول من الموقوف عليهم بالنسبة الى من بعده ، واجارة المالك بالنسبة الى الورثة ، فإن اجارة المالك تصرف في ملكه المستقل به حال حياته ، حتى لو أراد اتلافه بالكلية لم يكن للوارث اعتراض في ذلك ، والوارث انما يتلقى الملك بعد موته ، بخلاف الوقف فان البطن الاول غير مستقل بالملك كما عرفت ، بل البطون الأخيرة مشاركون له في الاستحقاق بأصل العقد ، لأنهم انما يتلقونه بعد موته كما في الورثة ، ووجه التردد في المسئلة مما ذكر ، ومن أن المتصرف حينئذ كالمالك ، فكان تصرفه ماضياً .

وأنت خير بانه بالنظر الى هذه التعليقات ، لاختفاء في قوة القول المشهور ، إلا أنك قد عرفت عدم صلوحها لتأسيس الأحكام الشرعية ، وانما العمل على النصوص حيث لا نص هنا فالمسئلة لا تخلو من الاشكال ، وقد تقدم نظير هذه المسئلة في المسئلة السابعة والعشرين فيما آجر الأب أو الوصي الصبي من مسائل المطلب

الثالث في الأحكام من كتاب الاجارة ، وينبغي أن يستثنى من محل الاشكال مالو كان الموجر للموقف ناظراً سواء كان أجنبياً أو من الموقوف عليه ، فإنه في حكم النائب عن الجميع ، فلا تبطل الاجارة بموته .

الثاني ما ذكره من قوله ويرجع المستأجر على تركه الأولين ، وهو محمول على مالو دفع الأجرة للبطن الأول ، والا فلا رجوع ، والمراد بمقابل المتخلف الذي يرجع به على ما ذكره في المسالك ، هو أن ينسب أجرة مثله الى أجرة مثل مجموع المادة ، ويرجع من المسمى بمثل تلك النسبة ، فلو كان قد آجره سنة بمائة ومات بعد انقضاء نصفها وفرض أن أجرة مثل النصف المتخلف تساوي الستين ، وأجرة مثل النصف الماضي تساوي ثلاثين ، رجع بثلاثي المائة ، وعلى هذا القياس ، والله العالم .

التاسعة - في جملة من أحكام الأمة الموقوفة ، منها - أنهم قد صرحوا بأنها لا يجوز للموقوفة عليه وطىء الأمة الموقوفة لأنه لا يختص بملكها ، فان كان له شريك في ذلك البطن ، فان عليه ما عدا نصيبه من العقر للشركاء ، وكذا من قيمة الولد لو اولدها وعليه الحد بنسبة ما عدا حصته وان انحصر أهل تلك الطبقة فيه كان الولد حراً ، ولا قيمة عليه ولا حد .

أقول: أما الأول فيعلم وجهه مما تقدم في كتاب البيع في مسألة وطىء الأمة المشتركة بغير إذن الشركاء (١) ولكن قل من تنبه لذلك ، ونبه عليه في هذا المقام .

وأما الثاني فان الوجه في تحريم ذلك عليه ، مع أن منافع الوقف له خاصة وان شاركته في الملك البطون المتأخرة ، والوطىء من جملة المنافع ، هو الفرق بين الانتفاع بالوطىء وغيره من المنافع ، من حيث ان الوطىء معرض للمحمل الموجب لصيرورتها أم ولد المانع من دوام الوقف على باقي البطون ، لانعتاقها بموته .

وأما الوجه في حرمة الولد اذا اولدها ، فلأن وطأه غير معدود من الزنا ،

لأنه مالك في الجملة ، ولا تجب عليه القيمة ، لمن بعده من البطون ، لأنه منصوص بالاستحقاق الآن ، اذ المفروض انحصار تلك الطبقة فيه ، فلا شريك له الآن ، لامن البطن الذي هو فيه ، ولامن البطون المتأخرة ، والولد بمنزلة كسبها ، وثمره البستان ، فيملكه زمان ملكه ، لأمه ، إلا أن هذا مبني على أحد القولين الآتين في المسئلة ، والقول الآخر أنه يكون وفقاً كأمه ، وأما عدم وجوب الحد عليه ، فلما عرفت من أنه غير زان وان فعل حراماً كمنظائره من وطئ الحليلة محرماً ، ويحتمل وجوب الحد اذا لم تكن له شبهة يدرأ بها ، بناء على القول بعدم انتقال الملك اليه ، إلا أنه قال في التذكرة : انه لاحد أيضاً هنا ، لأن شبهة الملك فيه ثابتة ، والمراد أن شبهة كونه مالكا فتحققه ، وان رجحنا عدم ملكه لأنها مسئلة اجتهدية ، لا يرفع ترجيح أحد جانبيها أصل الشبهة عن الجانب الآخر وهو كاف في درأ الحد ، وهو كما ذكره (قدس سره) .

بقي الكلام هنا في موضعين أحدهما أنه هل يصير بالاستيلاء أم ولد ، أم لا ؟ قولان : وعلل الأول بتحقيق العلوق منه في ملكه على القول بانتقال الملك اليه ، لأن مبني الكلام على ذلك ، وهذا هو السبب في صيرورتها ام ولد بالنص والاجماع وعلل الثاني بأن السبب إنما هو العلوق في الملك التام المختص بالمالك المعين ، والملك هنا غير مختص به ، لأن باقى البطون حقهم متعلق بها الآن ، وهو يرجع الى منع ما ادعى من سببته السبب الأول ، لأنها يقوم عليه كلها بالاستيلاء ، ولا شيء من أم الولد كذلك بالاستقراء ، ولمنافاة الوقف الاستيلاء .

وأنت خبير بأن مرجع ما ذكر من التعليلين المذكورين الى تعارض عموم النهي من ابطال الوقف وتغييره ، والحكم بدوامه ولزومه ، وعموم ما دل على ثبوت الاستيلاء ، وترتب أحكامه ، والقائل الأول اعتمد على العموم الثاني وخصص به الأول ، والقائل الآخر عكس ، والحق هو تعارض العمومين ، وتخصيص أحدهما بالآخر يحتاج الى مرجح ، وليس فليس ، فتبقى المسئلة في قالب الاشكال ، مضافاً الى عدم النص في أصل المسئلة ، فيتعاضم الاشكال .

وثانيهما أنه على تقدير صيرورتها أم ولد كما هو أحد القولين المتقدمين فهل تؤخذ القيمة من تركته للبطلون المتأخرة بعد موته ، وانعتاقها بموته ؟ قيل فيه وجهان : أطال الكلام فيهما في المسالك ، وحيث أن أصل المسئلة كما عرفت عارية عن النص ، والركون في اثبات أحكامها وما يتفرع عليها إلى مجرد هذه التعليقات المتداولة في كلامهم مشكل ، أغمضنا النظر عن الكلام فيها .

ومنها - أنه يجوز تزويجها ، والمتولي لذلك هو الموقوف عليه ان قلنا بانتقال الملك اليه ، وان قلنا بالانتقال الى الله فالحاكم الشرعي ، لأنه المتولي لنحو ذلك ونقل عن الشيخ أنها تزوج نفسها ، وردده من تأخر عنه بأنه ضعيف .

وان قلنا ببقاء الوقف على ملك ذلك الواقف ، كان التزويج اليه ، ومهرها للموجودين من الموقوف عليهم ، أو الجهة الموقوف عليها ، لأنه فائدة من فوائدها وعوض من منفعتها المختصة بهم ، فيكون عوضها كذلك .

ومنها - أنه لو أتت بولد ، وكان من مملوك أو زنا ، فقيل : انه يختص به البطن الذي يولد معهم ، لأنهم من جملة النماء ، فأشبهه الكسب ، وثمره البستان ، وولد الدابة ، والظاهر أن هذا هو المشهور ، وذهب الشيخ وابن الجنيد وجماعة إلى أنه يكون وقفاً كأمه ، لأن كل ولد ذات رحم حكمه حكم أمه كالمديرة والمرهونة على قول ، ورد بأن الكلية ممنوعة وان كان الولد من حر بعقد صحيح فلا إشكال فيه ، إلا مع اشتراط الرقية في العقد ، على خلاف فيه يأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى - في محله اللابق به ، وان كان من حر بوطيء شبهة قالوا : فهو حر ، وعليه القيمة للموقوف عليه ، فلأنه فوت عليهم ولد أمة بغير استحقاق ، وأرادوا بكون القيمة للموقوف عليه أنها تكون لهم على جهة الملك ، لا على جهة الوقف على أصح القولين .

ومنها - أنه لا يجوز للواقف وطؤها على القول بالانتقال الى الموقوف عليه ، أو الانتقال الى الله سبحانه ، لخروج الملك عنه ، فيكون كالأجنبي يترتب على وطنه ما يترتب على الأجنبي ، وأما على القول ببقاء ملكه قالوا : فانه لا حد عليه لشبهة الملك

وفي نفوذ الاستيلاء بخلاف في استيلاء الراهن ، لتعلق حق الموقوف عليه وأولى بالمنع هنا ، والله العالم :

المقصد الثاني في الصدقة :

قد عرفت مما قدمنا في سابق هذا المطلب أن الصدقة في الصدر الأول إنما تطلق بمعنى الوقف ، ولهذا ان الأصحاب (رضي الله عنهم) قد استندوا في كثير من أحكام الوقف إلى الأخبار الواردة بلفظ الصدقة كما تقدم ذكره ، وحينئذ فالصدقة في الأخبار أعم من هذا المعنى المبحوث عنه من الوقف ، وقد يوجد فيها من القرائن ما يتعين به أحدهما ، وقد لا يوجد فيبقى محتملاً لكل من الأمرين كما سيظهر لك - ان شاء الله تعالى - في البين .

وقد ذكر الأصحاب بأنه لا بد في الصدقة من العقد المشتمل على الإيجاب والقبول ، كما يعتبر في غيرها من العقود اللازمة .

أقول : اذا أريد بالقبول هو القبول القولي ففي فهمه من الأخبار اشكال ، لعدم ما يدل عليه فيها ، وان أريد الفعلي فهو المفهوم منها خاصة كما لا يخفى على المتدبر ، وستمر بك شطر منها ان شاء الله تعالى .

ومن شروطها القبض ، لكن باذن المالك عند الأصحاب ، فلو قبضها بغير اذنه لم ينتقل اليه ، قالوا : لان القبض المترتب عليه أثره ، هو المأذون فيه شرعاً والمنهي عنه غير منظور اليه ، ونحوها غيرها من العقود المفتقرة الى القبض ، كالوقف والهبة .

ومن شروطها أيضاً القربة ، والظاهر أنه اجماعي ، وعليه تدل جملة من الأخبار الآتية ان شاء الله تعالى ، حتى اذا حصل القبض بعد العقد المشتمل على التقرب بها امتنع الرجوع فيها على الأشهر الأظهر ، ونقل عن الشيخ أنه قال : ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الأحكام ، ومن شروطها الإيجاب والقبول

ولا يلزم إلا بالقبض ، وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه .
ورد بأن المقصود بالصدقة الأجر والثواب كما يسدل عليه اشتراط القرية
فيها ، وقد حصل فلا يجمع بين العوض والمعوض عنه ، ولو سلم مساواتها للهبة ،
فانها يمتنع أيضاً الرجوع في الهبة مع التعويض فيها مطلقاً بقرينة أو غيرها .

وبالجملة فان قول الشيخ ضعيف ، لدلالة الأخبار الآتية - ان شاء الله تعالى -
على امتناع الرجوع مع القرية ، والواجب نقل ما وصل إلينا من الأخبار
المتعلقة بالمقام ، والكلام فيها بما رزق الله تعالى فهمه منها بيركة أهل الذكر
(عليهم الصلاة والسلام) .

فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن أو الصحيح في الأول ، والموثق
في الثاني ، عن حماد وهشام وابن أذينة وابن بكير وغيرهم (١) كلهم قالوا
« قال أبو عبد الله عليه السلام : لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى » .

وعن زرارة (٢) في الصحيح « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان الصدقة محدثة ،
إنما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ينحلون ويهبون
ولا ينبغي لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه ، قال : وما لم يعط الله وفي الله فانه
يرجع فيه ، نحلة كانت أو هبة ، حيزت أو لم تحز ، ولا يرجع الرجل فيما يهب
لامرأته » الحديث ، ويأتى تمامه - ان شاء الله تعالى في مقصد الهبة .

قال المحدث الكاشاني في الوافي في ذيل هذا الخبر : الصدقة ما يعطى الله
سبحانه ، والهبة والنحلة ما يعطى لأغراض آخر ، وأكثر ما يطلق النحلة فيما
لا عوض له ، بخلاف الهبة ، فانها عامة ، وقد تكون لله تعالى ، وكثيراً ما تطلق
الصدقة على الوقف كما سيتبين فيما بعد ذلك ، لأن الوقوف انما تكون لله سبحانه
وأكثر ما نسب الى نحو الدار والمضيعة على غير محصور ، فالمراد بها الوقف

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٢ و ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٧

وص ١٥٢ ح ٦٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ح ٣ و ص ٣٣٤ ح ١ من باب ٣ .

ج ٢٢ في أن إطلاق الصدقة على المعنى المشهور لم يكن في زمن النبي (ص)، ٢٦٣

لله سبحانه ، ولعل المراد بالحديث أن الناس كانوا على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) لا يتصدق بعضهم على بعض إذا أرادوا معروفاً فيما بينهم سوى الزكاة وما يعطى لأهل المسكنة ، بل كانوا يهبون وينحلون ، إما لارادة تحصيل ملكة الجود أو إرادة سرور الموهوب له أو الاثابة منه أو غير ذلك ، وانما صدقة بعضهم على بعض في غير الزكاة والرحم المسكين أمر محدث ، يعنى إطلاق هذه اللفظة في موضع الهبة والنحلة محدث ، لا يدري ما يعنى به من يتفوه بها ، أيجعلها لله أم لا ؟ ثم ان الصدقة حيث لا تكون إلا لله عز وجل فلا يجوز الرجوع فيها ، لأن ما يعطى لله وفي الله فلا رجعة فيه ، وذلك لأنه بمجرد الابانة استحق الأجر وكتب له وما لم يعط لله وفي الله جاز الرجعة فيه إلا في مواضع مستثناة كما يأتى ، انتهى .

أقول : الظاهر ان المراد بقوله عليه السلام إنما الصدقة محدثة إنما هو بمعنى أن إطلاق الصدقة على هذا المعنى المشهور الآن ، المشروط بالشروط المتقدمة أمر محدث لم يكن في زمنه (صلى الله عليه وآله وسلم) وانما الذي في زمنه النحل والهبات والصدقة يومئذ انما تستعمل بمعنى الوقف ، كما في صدقات علي عليه السلام وفاطمة والكاظم (صلوات الله عليهما) المتقدم جميع ذلك ، الا أن المراد ما ذكره من أن إطلاق هذه اللفظة في موضع الهبة والنحلة محدث ، ويشير الى ما قلناه مارواه في الكافي والتهذيب عن عبيدين زرارة (١) في الموثق قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بصدقة ؟ أله أن يرجع في صدقته ؟ فقال : ان الصدقة محدثة انما كان النحل والهبة ، ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيزاً ولم يحز ، ولا ينبغي لمن اعطى شيئاً لله أن يرجع فيه ، فان الخبر كما ترى ظاهر في أن السؤال انما هو عن الصدقة المعهودة ، وقد أجاب عليه السلام بأن الصدقة بهذا المعنى أمر محدث ، وانما المستعمل يومئذ النحل والهبة ، ثم أجاب بأن من من أعطى الله يعنى قرن عطيته بالقربة صدقة كانت أو هبة

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٢ ، الوسائل

أو نحلة فإنه لا ينبغي الرجوع فيه ، أي لا يجوز ، فإن لفظ لا ينبغي ، في هذه الأخبار بمعنى التحريم كما سيظهر لك - إن شاء الله تعالى - وأما قوله عليه السلام «أنه يجوز الرجوع لمن وهب أو نحل حيز أو لم يحز» فالمراد به مع عدم القربة كما ينبه عليه قوله في الخبر الذي قبله «ومالم يعط الله وفي الله فإنه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز» ونحو هذا الخبر، فيما ذكرنا ما تقدم في سابقه من قوله عليه السلام : «ولا ينبغي لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه» .

وكيف كان فالخبر الأول صريح في اشتراط الصدقة بالقربة ، إلا أنه أعم من الصدقة بالمعنى المذكور ، أو الوقف ، والاخيران ظاهران في عدم جواز الرجوع مع القربة .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن مسلم (١) في الصحيح «عن أحدهما عليه السلام» ورواه الشيخ بسند آخر عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن رجل كانت له جارية فأزنته امرأته فيها فقال : هي عليك صدقة ، فقال : إن كان قال ذلك لله فليمضها ، وإن لم يقل : فله أن يرجع إن شاء فيها» وهذا الخبر ظاهر فيما ذكره الأصحاب مع أنه مع القربة فلا يجوز له الرجوع .

وفيه رد لما تقدم نقله عن الشيخ (رحمه الله) ولكن يجب تقييده بحصول القبض الذي هو شرط لزوم الصدقة كما ستعرف إن شاء الله تعالى ، والصدقة في هذا الخبر ظاهرة في المعنى المعهود ، ولا مجال لحملها على الوقف ، وعن جميل في الحسن (٢) أو الصحيح «قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار أله أن يرجع فيها؟ قال : لا الصدقة لله عز وجل» والتقريب فيه ما تقدم في سابقه إلا أن لفظ الصدقة هنا محتمل للحمل على المعنى المعهود والحمل على الوقف ، لكن الأصحاب يخصصونه بالأول حيث أن القربة عندهم غير مشترطة في الوقف على المشهور .

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣١ ح ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٥ ح ١٥ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ح ١ و ص ٢٩٨ ح ٢ .

ومنها ما رواه الشيخان المتقدمان عن السكوني (١) عن أبي جعفر عليه السلام ورواه الصدوق والشيخ أيضاً عن عبيد بن زرارة (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق علي ولد له قد أدركوا فقال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، فان تصدق علي من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لأن والده هو الذي يلي أمرهم ، وقال عليه السلام : لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله عز وجل . »

أقول : وهذا الخبر أيضاً محتمل للحمل على المعنيين المتقدمين ، ولهذا ان الأصحاب قد استدلو به على اشتراط القبض في الوقف ، وأنه مع عدم القبض يبطل ويرجع ميراثاً ، واللازم من ذلك اشتراط القرية في الوقف كما صرح به في آخر الخبر ، مع أن المشهور بينهم عدمه ، ومن ثم ناقشهم في الاستدلال به صاحب المسالك ، كما تقدم في مقصد الوقف ، والظاهر هو الاشتراط في الموضعين ، والمراد من الجواز في قوله « فهو جائز » يعني واقع صحيح .

ومنها ما رواه عن الحكم بن أبي عقيلة (٣) « قال : تصدق علي أبي بدار وقبضتها ثم ولد له بعد ذلك أولاد فأراد أن يأخذها مني ويتصدق بها عليهم ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فأخبرته بالقصة فقال : لاتعطيها إياه ، قلت : فانه إذا يخاصمني قال : فخاصمه ولا ترفع صوتك علي صوته . »

وما رواه في الفقيه عن موسى بن بكر عن الحكم (٤) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ان والدي تصدق علي بدار ثم بدا له أن يرجع فيها ، وان قضاتنا يقضون لي بها فقال : نعم ما قضت به قضاتكم ولبس ما صنع والدك إنما الصدقة لله عز وجل ، فما جعل لله فلا رجعة فيه له ، وان أنت خاصمته فلا ترفع عليه

(١) والكافي ج ٧ ص ٣١ عن محمد بن مسلم ج ٧ ص ٢٩٩ ح ٥
 التهذيب ج ٩ ص ١٤٥ ح ٥٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٢٠ .
 وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ١ و ص ٢٩٩ ح ٥ .
 (٣) الكافي ج ٧ ص ٣٣ ح ١٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٦ ح ٢٠ .
 (٤) الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٢ .
 وهما في الوسائل ج ١٨ ص ٢٢٤ ح ١ و ج ١٣ ص ٣١٦ ح ١ .

صوتك ، وان رفع صوته فاخفض أنت صوتك قلت له : فانه قد توفي قال : فاطب بها .
أقول : وهذان الخبران بضم أحدهما الى الآخر صريحان في أنها بالقبض
والقربة لا يصح الرجوع فيها حسب ما صرح به الأصحاب ، والخبر الأول وان كان
مجملاً بالنسبة الى القربة ، الا أن الثاني صريح في أن العلة في عدم صحة الرجوع
بعد القبض هو التقرب الى الله سبحانه ، وأن الصدقة لا تكون الامع القربة ، وهي
ظاهرة في اشتراط القبض والقربة كما قدمنا ذكره ، والظاهر أن الصدقة فيهما
بالمعنى المبحوث عنه .

بقي الكلام فيما اشترطه الأصحاب (رحمهم الله) في اذن المالك في صحة
القبض ، فان الروايات خالية منه ، وما ذكره من التعليل المتقدم ذكره مع
كونه لا يصلح لتأسيس حكم شرعى لا يخلو من مناقشة أيضاً ، قوله «ان القبض
المرتب عليه أثره يعنى لزوم العقد هو المأذون فيه شرعاً» مدخول بأنه بعد العقد
وقصد التقرب فيه لله سبحانه ، فانه يحصل به الانتقال الى من تصدق به عليه ،
فاذا قبضه فقد قبض حقاً شرعياً انتقل اليه بالعقد الشرعى ، والاذن الشرعى حاصل
على هذا التقدير كما لا يخفى ، لأنه لم يتعد في قبضه ، ويؤيده قوله في الرواية
الأولى تصدق على بدار وقبضتها ، فانه أعم من أن يكون المالك أقبضه أو قبض
بنفسه ، وبالجمله فالأصل العدم حتى يقوم دليل على هذا الشرط .

ومنها ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : إنما مثل الذي يرجع في صدقته
كالذي يرجع في قيئه» وعن جراح المدائني (٢) «عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال :
في الرجل يرتد في الصدقة قال : كالذي يرتد في قيئه» وعن عبد الله بن سنان (٣)
«قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته فقال :

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ١٢ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ١١ و ص ١٥١ ح ٦٥ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ٤ و ٢ و ص ٣١٧ ح ٥ .

ج ٢٢ في عدم جواز الرجوع فيما تصدق به الانسان لوجه الله ٢٦٧

قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : إنما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي بقي ثم يعود في قبته .

أقول : وهذه الأخبار كما ترى صريحة في عدم جواز الرجوع في الصدقة بعد حصول الشروط المتقدمة ، وفيها مع ما تقدم من أخبار الدار رد على ما تقدم نقله عن الشيخ من جواز الرجوع ، وقد تقدمت جملة من الأخبار بلفظ الصدقة في أحكام الوقف ، واستدل به على تلك الأحكام ، ومنها ما هو صريح في الوقف ، ومنها ما هو محتمل لذلك ، ولكن الأصحاب فهموا منها الحمل على الوقف ، والذي يتلخص من النظر في الأخبار والجمع بينها وإن لم يذهب إليه أحد من علمائنا الأبرار هو أن الصدقة أعم من المعنى المبحوث عنه هنا ، ومن الوقف ، وكل من الأمرين مشروط بالقبض والقربة ، وعدم جواز الرجوع بعد استكمال الشروط ، لكن متى قرنت بالدوام تمحضت المحمل على الوقف ، أو كانت الصدقة على جهة من الجهات أو مصلحة من المصالح المتقدمة ، فانها يختص بالوقف أيضاً ، وماعدا هما فهو قد تشتمل على ما تختص بالصدقة بالمعنى المبحوث عنه ، وقد يكون محتملاً للأمرين كما عرفت ، والله العالم .

تنبيهات :

الاول - قال الشيخ في النهاية : ما تصدق به الانسان لوجه الله تعالى لا يجوز أن يعود إليه بالبيع والهبة والشراء ، فان رجع إليه بالميراث كان جائزاً ، وبنحو ذلك صرح الشيخ المفيد (عطرا الله تعالى مرقده) ومنع ابن إدريس من تحريم العود لعدم الدلالة عليه ، فان المتصدق عليه قد ملك العين فله بيعها على من شاء من المتصدق وغيره ، قال : وقد رجع في الخلاف فقال في كتاب الزكاة : يكره للإنسان أن يشتري ما أخرجه في الصدقة ، ثم تعجب من كلام الشيخ في الموضعين ، وظاهر المشهور بين الأصحاب الجواز على كراهة ، وعليه حمل في المختلف كلام الشيخ ، قال : لأنه يطلق لفظ لا يجوز على المكروه كثيراً .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بما ذكره مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن منصور بن حازم (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان تصدقت بصدقة لم ترجع إليك ولم تشتريها الا أن تورث» .

ومارواه الشيخ عن منصور بن حازم (٢) (قال : قال أبو عبد الله عليه السلام) إذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له أن يشتريها ولا يستوهبها ولا يستردها الا في الميراث، ومارواه الشيخ عن علي بن إسماعيل عن ذكره (٣) «عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يخرج الصدقة يريد أن يعطيها السائل فلا يجده قال : فليعطها غيره ولا يردّها في ماله» .

وعن محمد بن مسلم (٤) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا تصدق الرجل علي ولده بصدقة فانه يريها ، وأذا تصدق بها علي وجه يجعله لله فانه لا ينبغي له .

وعن طلحة (٥) «عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها ، فانه لا شريك لله عز وجل في شيء فيما جعل له ، انما هو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردها بعدما يعتق» .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن اسماعيل الجعفي (٦) «قال : قال أبو جعفر عليه السلام من تصدق بصدقة فردّها عليه الميراث فهي له» .

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح في الثاني عن محمد بن مسلم (٧) «عن أحدهما عليه السلام في الرجل يتصدق بصدقة أيحل له أن يريها ؟ قال : نعم» .
وعن أبي الجارود (٨) «قال : أبو جعفر عليه السلام لا يشتري الرجل ما تصدق به» الحديث.

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٣١ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٦١ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٧ ح ٢٤ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ح ٥ و ص ٣١٨ ح ١ و ص ٣١٧ ح ٦ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٣ و ص ١٥٢ ح ٦٩ .

(٦) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٦٠ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٤ ح ٢٦ .

(٧) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٢ .

(٨) التهذيب ج ٩ ص ١٣٤ ح ١٤ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩

ح ٥ و ص ٣١٨ ح ١ و ٤ و ٢ و ص ٣١٦ ح ٣ .

وأنت خير بأن ما هو المشهور من الجواز في غير الميراث وإن كان على كراهية هو الأوفق بمقتضى الأدلة العقلية، لأنه بانتقاله إلى ملك المتصدق عليه تصير كسائر أمواله في بيعه أو هبته أو نحوه ذلك على المتصدق أو غيره، لكن هذه الأخبار كما عرفت قد اتفقت من غير معارض على المنع من ذلك.

ومنها ما هو صريح في التحريم مثل قوله لا يحل في الرواية الثانية معللاً ذلك في رواية طلحة بأنه لا شريك لله فيما جعل له، بمعنى أنه بعد أن أخرجها عن نفسه لله سبحانه فتصرفه فيها بعد الانتقال إليه ببيع أو هبة أو نحوه مستلزم لذلك، وأن الصدقة بمنزلة العتق لله سبحانه، لا تصلح رده لمن أعتقه بوجه من الوجوه، وينبغي تخصيصه بغير الرد بالمسيرات كما دلت عليه الأخبار الباقية، وبالجمله فالمسئلة غير خالية من شوب الأشكال.

وظاهر كلام الشيخين إنما هو التحريم، والروايات كما ترى ظاهرة فيه، ولا معارض لها إلا ما عرفت من الدليل العقلي، والخروج عنها بمجرد ذلك مشكل وكم مثل ذلك في الأخبار، ثم لا يخفى على من جاس خلال الديار.

بقي هنا اشكال آخر أيضاً وهو أن أكثر هذه الأخبار قد صرحت باستثناء الميراث من الكراهة والتحريم على القول به، وظاهر صحيحة محمد بن مسلم تخصيص الارث بما إذا لم يكن تلك الصدقة على وجه يجعله لله، فلو كانت الصدقة لله سبحانه فإنه لا ينبغي له أن يتصرف فيها بالارث أيضاً، وتقييد تلك الروايات الكثيرة بهذه الرواية بأن تحمل تلك الروايات على أن الصدقة خالية من التقرب كما احتمله في الوافي وجعله وجهاً للجمع بين الأخبار في غاية البعد.

وكيف لا والصدقة بدون شرط القرابة غير لازمة فله الرجوع فيها شرعاً فضلاً أن يشترها ويتهبها، ورواية طلحة قد عللت عدم الجواز بالتقرب في الصدقة بمعنى أن العلة في عدم جواز اتباعها واتهابها من حيث أنه أخرجها لله سبحانه. وبالجمله فبعده أظهر من أن يخفى على الناظر المتأمل في هذه الأخبار فهي مرجوعة إلى قائلها (صلوات الله عليهم)، والله العالم.

الثاني : لاخلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في تحريم الصدقة أعنى الزكاة المفروضة على بنى هاشم الا في حال الاضطرار ، وانما الخلاف هنا في مقامين أحدهما - في الصدقة الواجبة غير الزكاة كالمندورة والكفارة ونحوهما ، فظاهر اطلاق جملة من الأصحاب التحريم .

وقال في المسالك : لاخلاف في تحريم الصدقة الواجبة على بنى هاشم في الجملة عدا ما استثنى ، ولكن اختلفوا في عمومها وتخصيصها بالزكاة ، والأكثر أطلقوا كالمصنف ، وكذلك ورد تحريم الصدقة من غير تفصيل ، فيعم ، ولكن ظاهر جملة من الأخبار أن الحكم مختص بالزكاة ، فيكون ذلك تقييداً لما أطلق منها ، انتهى وهو جيد .

ومن الروايات التي أشار إليها بأنها دالة على الاختصاص بالزكاة صحيحة زرارة وأبي بصير ومحمد بن مسلم (١) « عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : ان الصدقة أوساخ أيدي الناس ، وأن الله حرم علي منها ومن غيرها ما قد حرمه ، فان الصدقة لاتحل لبنى عبد المطلب » الحديث فان التعليل بالأوساخ ظاهر في الزكاة لأنها مطهرة للمال .

وأصرح منها في ذلك صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقة التي حرمت على بنى هاشم ماهي ؟ فقال : هي الزكاة قلت : فتحل صدقة بعضهم على بعض ، قال : نعم » .

ورواية زيد الشحام (٣) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الصدقة التي حرمت عليهم ماهي ؟ فقال : الزكاة المفروضة » .

وأما ما أشار اليه من الروايات التي وردت بتحريم الصدقة من غير تفصيل

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٨ ح ٥٨ ، الوسائل ج ٦ ص ١٨٦ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ٥٩ ح ٥ ، الوسائل ج ٦ ص ١٩٠ ح ٥ .

(٣) الوسائل ج ٦ ص ١٩٠ ح ٣ .

فمنها صحيحة جعفر بن إبراهيم الهاشمي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : أتحل الصدقة لبنى هاشم ؟ فقال : إنما تلك الصدقة الواجبة على الناس لاتحل لنا ، فأما غير ذلك فليس به بأس ، ولو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا الى مكة هذه المياه عامتها صدقة .

ونحوها غيرها وطريق الجمع حمل اطلاق هذه الأخبار على مادلت عليه تلك الأخبار من التقييد بالزكاة صراحتها في ذلك ، وبه يظهر ضعف قول من ذهب الى العموم ، وان نسب الى الأكثر .

وثانيها في الصدقة المستحبة والمشهور بين الأصحاب (رحمهم الله الجواز) ونسبه في المنتهى الى علما ئنا ، وأكثر العامة ، وخالف في التذكرة فذهب الى التحريم ، وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في كتاب الزكاة (٢) .

الثالث : قد صرح جملة من الأصحاب بأنه تجوز الصدقة على الذمي وان كان أجنبياً ، لقوله (٣) (صلى الله عليه وآله وسلم) « على كل كبد حراة أجر » ولقوله تعالى (٤) « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوك في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرهم » .

وهذا هو المشهور ونقل في الدروس عن الحسن بن أبي عقيل المنع من الصدقة على غير المؤمن مطلقا ، وظاهر بعض الأصحاب أن الخلاف في الصدقة على الذمي كالخلاف في الوقف عليه ، وقد تقدم الكلام في الوقف عليه ، والخلاف في ذلك .

والذي وقفت عليه من الروايات المتعلقة بهذا المقام مارواه في الكافي عن سدير الصيرفي (٥) في الموثق « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام أطعم سائلا لأعرفه

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٩ ح ٣ ، الوسائل ص ١٨٩ الباب ٣١ ح ٣ .

(٢) ج ١٢ ص ٢١٧ .

(٣) هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٦٦ ، المستدرک ج ٢ ص ٥٤٦ ، الكافي

ج ٤ ص ٨ وفيه ان الله يحب ابراد الكبد الحري ومن سقى كبدأ حري من بهيمة أو غيرها أظله الله يوم لا ظل الا ظله ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٤ ح ١ .

(٤) سورة الممتحنة - الآية ٨ .

(٥) الكافي ج ٤ ص ١٣ ح ١ ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٨ ح ٣ .

مسلماً؟ فقال : نعم أعط من لا تعرفه بولاية ولا عداوة للحق ان الله تعالى يقول :
« وقولوا للناس حسناً » ولا تطعم من نصب لشيء من الحق ، اودعا الى شيء من الباطل ،
وهذه الرواية ظاهرة في جواز اعطاء المستضعفين الذين هم احد افراد المسلمين ،
وهم اكثر الناس في الصدر الاول ، وقوله في الخبر لا اعرفه مسلماً أي مؤمناً ، وقد
حققنا في جملة من زبرنا وكتبنا سيما كتاب الشهاب الثاقب ، ان الناس في زمنهم عليه السلام
كانوا على اصناف ثلاثة مؤمن وكافر ومسلم ، والاول من عرف الامامة ودان بها ،
والثاني من جحدتها وانكرها ، والثالث من جهلها ويعبر عنه في الاخبار بمن لا يعرف
ولا ينصب ، كما يشير اليه هذا الخبر ، ويؤيد ما قلناه مارواه في الكافي عن المعلى
بن خنيس (١) « قال خرج ابو عبدالله عليه السلام في ليلة قدرشت ، وهو يريد ظلة بنى
ساعده ماتبعته فاذا هو قد سقط منه شيء فقال : بسم الله ، اللهم رد علينا قال فأتيته
وسلمت عليه ، فقال : معلى قلت : نعم جعلت فداك فقال : التمس بيدك ، فما وجدت
من شيء فادفعه إلي فاذا انا بخبز منتشر كثير فجعلت ادفع اليه ما وجدت ، الى ان
قال فأتي بنا بنى ساعده فاذا نحن بقوم نيام فجعل يدس الرغيف والرغيفين حتى اتى على
آخرهم ، ثم انصرف ، فقلت : جعلت فداك ، يعرف هؤلاء الحق ؟ فقال : لو عرفوا
لو اسيناهم بالدقة والدقة هي الملح ، الحديث ، فان هؤلاء المذكورين ممن اشرنا
اليهم بأنهم من المسلمين الذين لا يعرفون ولا ينصبون ، وفي هذين الخبرين رد لما
تقدم نقله ، عن ابن أبي عقيل من منع الصدقة على غير المؤمن .

ومنها ما رواه في الكافي (٢) عن عمرو بن ابي نصر ، « قال : قلت لابي
عبدالله عليه السلام ان اهل السواد يقتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس ،
فتصدق عليهم قال : نعم وهذا الخبر دال على ما هو المشهور بين اصحاب عليه السلام مما
قدمنا ذكره ، وفيه رد على ابن أبي عقيل ايضاً .

(١) الوسائل ج ٦ ص ٢٨٤ ح ١ . الكافي ج ٤ ص ٨ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ١٤ ح ٣ .

وما رواه في الكافي عن عبدالله بن الفضل النوفلي (١) عن أبيه عن أبي عبدالله عليه السلام ورواه الصدوق مرسلًا عن أبي عبدالله عليه السلام « انه سئل عن السائل يسأل ولا يدري ماهو ، فقال : اعط من وقعت له الرحمة في قلبك ، وقال : اعط دون الدرهم ، قلت اكثر ما يعطى ؟ قال اربعة دوايق ، وفيه رد لما ذهب اليه ابن ابي عقيل ايضاً .
وما رواه في الكافي ، عن منهال القصاص (٢) « قال : قال ابو عبدالله عليه السلام اعط الكبير والكبيرة والصغير والصغيرة ومن وقعت له في قلبك رحمة وإياك وكل وقال بيده وهزها . »

والمستفاد من هذه الأخبار هو جواز الصدقة على غير المؤمن من ذمّي وغيره ، ولكن يعطى كما يعطى المؤمن وانما يعطى بقدر دفع الضرورة ، وقوله في هذا الخبر : وإياك وكل يعنى وكل ما تعطيه غيره من المؤمنين ، فهو في معنى الخبر الذى قبله ، والله العالم .
الرابع : قد استفاضت الأخبار بالحث على التصدق وما فيه من عظيم الاجر ودفع البلاء وجلب الرزق فروى في الكافي في الصحيح (٣) « عن زرارة عن سالم بن ابي حفصة عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ان الله تعالى يقول ما من شيء إلا وقد وكلت به من يقبضه غيرى إلا الصدقة فاني اتلقفها بيدي تلقفاً حتى ان الرجل يتصدق بالتمرة او بشق التمرة ، قال : فاربيها له كما يربى الرجل فلوله وفصيله فيأتى يوم القيامة وهو مثل احد أو أعظم من احد . »

وروى في الكافي والفقيه مسنداً في الأول عن اسحاق بن غالب (٤) عمن حدثه عن ابي جعفر عليه السلام ومرسلًا في الثانى عن ابي جعفر عليه السلام قال البر والصدقة ينفيان الفقر ويزيدان في العمر ويدفعان عن صاحبهما سبعين ميّة السوء قال في الكافي وفي

(١) الكافي ج ٤ ص ١٤ ح ٢ ، الفقيه ج ٢ ص ٣٩ ح ١٦ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ١٤ ح ٢ باب الصدقة على أهل البوادي .

(٣) الكافي ج ٤ ص ٤٧ ح ٦ .

(٤) الكافي ج ٤ ص ٢ ح ٢ ، الفقيه ج ٢ ص ٣٧ ح ٢

وهذه الروايات في الوسائل ج ٦ ص ٢٨٩ ح ٦ و ص ٢٨٨ ح ٤ و ص ٢٨٣

ح ٣ و ص ٢٥٥ ح ٤ .

خبر آخر ويدفعان عن شيعتي ميتة السوء الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة المذكورة في الكتب الأربعة وغيرها .

الخامس: الأفضل في الصدقة ان تكون سراً وهل هو مخصوص بالمندوبة أو يشمل الواجبة؟ المشهور الاول ، واستثنى بعضهم من أفضلية الاسرار بها ان لا يكون منهما بترك المواسات فان اظهارها أفضل دفعاً للتهمة ، والذي يدل على أفضلية السر قوله سبحانه « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » (١) .

وما رواه في الكافي عن القداح (٢) ، عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : صدقة السر تطفى غضب الرب ، وعن عمار الساباطي (٣) قال : قال لي ابو عبد الله عليه السلام : يا عمار الصدقة والله في السر أفضل من الصدقة في العلانية ، وكذلك والله العبادة في السر أفضل منها في العلانية .

وظاهر الآية مع هذه الاخبار هو أفضلية السر مطلقاً وإليها استند من قال بالعموم ، إلا انه روى في الكافي أيضاً عن ابن بكير في الموثق (٤) عن رجل عن ابي جعفر عليه السلام في قوله تعالى « ان تبدوا الصدقات فنعما هي » قال يعني الزكاة المفروضة قال : قلت « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » قال : يعني النافلة انهم كانوا يستحبون اظهار الفرائض وكتمان النوافل ، وعن اسحاق بن عمار (٥) في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » فقال هي سوى الزكاة فان الزكاة علانية غير سر وعن ابي بصير (٦) في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام قال : وكل ما فرض الله عليك فاعلانه أفضل من اسراره ،

(١) سورة البقرة - الآية ٢٧١ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ٧ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٤ ص ٨ ح ٢ من باب فضل صدقة السر .

وهما في الوسائل ج ٦ ص ٢٧٥ ح ٢ و ٣ .

(٤) و (٥) (٦) الكافي ج ٤ ص ٦٠ ح ١ و ص ٥٠٢ ح ١٧ و ص ٤٩٩ ح ٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ٦ ص ٢١٥ ح ٣ و ٢ و ص ٢١٥ ح ١ .

وما كان تطوعاً فاسراره افضل من اعلانه ، ولو ان رجلاً حمل زكاة ماله على عاتقه فقسّمها علانية كان ذلك حسناً جيلاً .

ومارواه العياشي في تفسيره (١) « عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سئلته عن قول الله : وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ، قال ليس تلك الزكاة ولكنه الرجل يتصدق لنفسه الزكاة علانية ليس بسر » .

ومن هذه الأخبار يظهر تخصيص الآية وما في معناها من الأخبار بالصدقة المندوبة ، ويظهر ضعف القول بالعموم ، واما ما ذكره من استحباب الاظهار في المندوبة لدفع التهمة عن نفسه بترك المواساة ، وكذا ما ذكره في المسالك من استحباب الاظهار أيضاً لمتابعة الناس له في ذلك واقتدائهم به لما فيه من التحريض على نفع الفقراء فلم أقف فيه على دليل ، واطلاق هذه الأخبار يدفعه ، وتخصيصها بهذه التعليقات العقلية غير مقول ، وعلل الاخفاء والاستتار في المندوبة بانه ابعد من طرق الريا ، ولا بأس به بان يجعل وجهاً لما دلت عليه النصوص ، نعم ما ذكره من استحباب الاعلان في الصورتين المذكورتين جيد في الواجبة التي يستحب الاعلان بها ، ويكون ذلك وجهاً للنصوص الدالة على الاعلان فيها ، والله العالم .

المقصد الثالث في الحبس والسكنى والرقبي والعمرى :

اعلم أن انتقال المنفعة الى الغير إما على وجه اللزوم أم لا ، والثاني في العارية والأول اما مع خروج العين عن الملك أم لا ، والأول الوقف ، والثاني إما بموض أم لا ، والأول الاجارة ، والثاني العمرى التي هي محل البحث هنا ، ومنه يظهر أن ثمرتها هو التسليط على المنفعة مجاناً مع بقاء الملك لمالكه .

ثم أنه ينبغي أن يعلم أن الاختلاف في هذه الألفاظ اعتباري بحسب اختلاف ما تضاف ، والمرجع الى أمر واحد ، فاذا قرنت بالاسكان قيل سكنى ، واذا قرنت

(١) تفسير العياشي ج ١ ص ١٥١ ح ٤٩٩ ، الوسائل ج ٦ ص ٢١٦ ح ٩ .

بالعمر من المالك أو الساكن قيل عمرى ، وإذا قرئت بمدة معينة قيل رقبى ، من ارتقاب المدة وخر وجهها أو رقبه المالك ، وقد يقرن باثنين منها كأن يقول أسكنتك هذه الدار مدة عمرى ، فيقال سكنى لاقرانها بالاسكان ، وعمرى لاقرانها بالعمر ولو قال : أسكنتكها مدة كذا وكذا ، قيل : سكنى و رقبى ، ولو قال : أرقبتكها تحققت الرقبى خاصة ، وتنفرد السكنى فيما لو أسكنه إياها مطلقا وتنفرد العمرى فيما لو كان للعمر فى غير مسكن .

قالوا : وهى معنى السكنى عقد يشتمل على الإيجاب والقبول والقبض ، وفائدها التسليط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على مالكه .

أقول : وقد تقدم الكلام فى العقد وما اشترطوه فيه فى غير مقام ، ويؤيده ما سيظهر لك ان شاء الله تعالى من الأخبار الواردة فى المقام .

قالوا : والعبارة عن العقد أن يقول : أسكنتك أو أعمارك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك هذه الدار وهذه الأرض أو هذا المسكن عمرى أو مدة معينة ، والواجب أولا نقل الأخبار الواردة فيما يتعلق بهذا الباب ثم الرجوع الى كلام الأصحاب وعرضه عليها لىتميز القشر من اللباب بتوفيق الملك الوهاب ، وبركة أهل الذكر الأطياب .

الأول - مارواه المشايخ الثلاثة عن حمز ان (١) « قال : سألت عن السكنى والعمرى فقال : ان الناس فيه عند شروطهم ، ان كان شرطه حياته سكن حياته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار » .

الثانى - مارواه فى الكافى والتهذيب عن أبى الصباح الكناني (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام « قال : سئل عن السكنى والعمرى فقال : ان كان جعل السكنى فى

(١) الكافى ج ٧ ص ٣٣ ح ٢١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٩ ح ٥٨٧ ، القبه ج ٤

ص ١٨٦ ح ٦٥٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٥ ح ١ .

(٢) الكافى ج ٧ ص ٣٣ ح ٢٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٨٨ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٣٢٦ ح ١

حياته فهو كما شرط ، وان كان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم إن يبيعوا ولا يورثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الأول .

الثالث - مارواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن أحمد بن عمر الحلبي (١) عن أبيه في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل أسكن رجلاً داره حياته قال : يجوز له وليس له أن يخرجها ، قلت : فله ولعقبه ؟ قال : يجوز ، وسألته عن رجل أسكن رجلاً ولم يوقت له شيئاً قال يخرجها صاحب الدار اذا شاء .

الرابع - مارواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي (٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده ، قال : يجوز لهم وليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ، قلت : فربما أسكن رجلاً داره حياته ؟ قال : يجوز ذلك ، قلت : فربما أسكن رجلاً داره ولم يوقت ؟ قال : جائز ويخرجها اذا شاء .

الخامس - مارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم (٣) عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل جعل داره سكنى لرجل « أبان » حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده قال : هي له ولعقبه من بعده كما شرط ، قلت : فان احتاج الى بيعها يبيعها قال : نعم ، قلت : فينقض بيعه الدار السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع السكنى ، كذلك سمعت أبي عليه السلام يقول : قال أبو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ، ولكن يبيعه على أن الذي

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٨٩ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٨٦ ح ٦٥١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٩٠ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ٥٩٣ وفيه « أيام »

الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ ح ٦٤٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٧ ح ٢ و ص ٣٢٦ ح ٢ و ص ٣٢٥ ح ٢ .

يشترى به لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط والاجارة ، قلت :
فان رد على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من النفقة والعمارة فيما استأجره ؟ قال :
على طيبة النفس وبرضى المستأجر بذلك لا بأس .

السادس - مارووه أيضا عن خالد بن نافع البجلي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام
« قال : سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مدة حياته يعنى صاحب الدار ،
فلما مات صاحب الدار أراد ورثته أن يخرجوه ألهم ذلك ؟ قال : فقال : أرى أن
تقوم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت ، فان كان في ثلثه ما يحيط بثمان الدار
فليس للورثة أن يخرجوه ، وان كان الثلث لا يحيط بثمان الدار فلهم أن يخرجوه
قيل له : أرايت ان مات الرجل الذي جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار
يكون السكنى لعقب الذي جعل له السكنى ؟ قال : لا . »

السابع - ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن قيس (٢) « عن
أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قضى في العمرى انها جائزة لمن أعمرها ،
فمن أعمر شيئا مادام حيا فانه لورثته اذا توفي . »

الثامن - ما رواه في الكافي والتهذيب عن يعقوب بن شعيب في الصحيح (٣) « عن
أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له الخادم تخدمه فيقول : هي
لفلان تخدمه ماعاش ، فاذا مات فهي حرة فتأبى الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس
سنين أو ستة ثم يجدها ورثته ، ألهم ان يستخدموها قدر ما أبقت ؟ قال : اذا مات
الرجل فقد عتقت . »

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٩ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٢ ح ٥٩٤ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٨٦ ح ٦٥٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٣١ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٥ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٦ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٢ ح ٢ و ص ٣٣٠ ح ٢ .

التاسع - مارواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن مسلم (١) قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات معمر جاريته حياتها قال : هي لها على النحو الذي قد قال .

العاشر - مارواه في التهذيب والفقيه عن علي بن معبد (٢) قال : كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم بن محمد سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن مات وخلف امرأة وبنين وبنات وخلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشرين ثم هو حر بعد العشرين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك ؟ فكتب عليه السلام لا يبيعهوه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جاز لهم .

الحادي عشر - مارواه المشايخ الثلاثة (قدس الله تعالى أرواحهم) في الصحيح في بعض أسانيدهم عن ابن أذينة (٣) قال : كنت شاهد ابن أبي ليلى قضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقت وقتاً فقامت الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابة الذي جعل له غلة الدار فقال ابن أبي ليلى : أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثقفي : أما إن علي بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت ، فقال : وما علمك ؟ فقال : سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليه السلام يقول : قضى علي بن أبي طالب عليه السلام برد الحبس وإنفاذ الموارث ، فقال : ابن أبي ليلى هذا عندك في كتاب ؟ قال : نعم قال فأرسل إليه وأتني به ، فقال له محمد بن مسلم : على أن لا تنظر في الكتاب إلا في ذلك الحديث قال : لك ذلك ، فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فرد قضيته .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٧ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٥٨١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨١ ح ٦٣٤ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٩١ ، الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٧ الفقيه ج ٤

ص ١٨١ ح ٦٣٥ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٠ ح ١ و ص ٣٢٧ ح ٣ و ص ٣٢٨ ح ١

الثاني عشر - مارواه في الكافي والفقيه عن عبد الرحمن الجعفي (١) قال كنت اختلف الى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها وكان فيه حبس فكان يدافعني فلما طال شكوته الى أبي عبد الله عليه السلام فقال : أو ما علم أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أمر برد الحبس وانفاذ المواريث ، قال : فأتيته ففعل كما كان يفعل فقلت له : انى شكوتك الى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لى : كيت وكيت قال : فحلقتى ابن أبي ليلى أنه قد قال ذلك ، فحلقت له فقضى لى بذلك .

الثالث عشر - مارواه عبد الله بن جعفر الحميرى في كتاب قرب الاسناد عن السندى بن محمد عن أبي البختري (٢) « عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين أن السكنى بمنزلة العارية ، ان أحب صاحبها أن يأخذها أخذها ، وان أحب ان يدعها فعل أي ذلك شاء . »

هذا ما وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام إذا عرفت ذلك ، فالكلام هنا يقع في مواضع :

الاول : قد عرفت مما أشرنا إليه آنفا أن ظاهر الأصحاب أنه لا بد في هذه المعاملة من عقد مشتمل على الإيجاب والقبول كغيره من العقود ، قالوا : والعبارة عن العقد أن يقول : أسكنتك وأعمرتك وأرقيتك أو ما جرى مجرى ذلك هذه الدار وهذه الأرض أو هذا المسكن عمرى أو عمرك ، أو مدة معينة .

أقول المفهوم من ظاهر الأخبار المذكورة الأكتفاء بمجرد التراضي على ذلك ، والاتيان بمجرد ما يفهم منه المقصود ، مثل قوله في الحديث الثامن « هي لفلان تخدمه ماعاش » ، وفي الحديث التاسع جعل لذات محرم جاريته فإنه ليس هنا عقد زيادة على ذلك ، ونحوهما ظاهر الحديث الثالث والرابع والخامس ، فان

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٥ ح ٢٨ عن عبد الرحمن الخنمى ، التهذيب ج ٩

ص ١٤١ ح ٥٩٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٦٣٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٩ ح ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٨ ح ٣ ، قرب الاسناد ص ٦٩ .

ظاهرها مجرد الاذن في السكنى وليس هنا عقد غير ذلك ، ولا قبول بالكلية بالمعنى الذي أرادوه غير مجرد الرضى بذلك ، وهذا هو المفهوم من الأخبار بالنسبة الى سائر العقود أيضاً كما تقدم التنبيه عليه في غير موضع .

وبالجملة فان دائرة الأمر في العقود أو سع مما ضيقوه وسهولة الأمر في ذلك أظهر مما شرطوه وان كان الوقوف على ما ذكره هو الأولى .

الثاني : لا خلاف في أنه لا يلزم شيء منها قبل القبض ، واختلفوا في أنه هل تلزم بالقبض المشهور ذلك ، وقيل : بالعدم ، لأصالة بقاء الملك لما لكه ، فهي كالعمارية ، وحينئذ تلزم ان قرئت بالقربة ، والا فلا ، لأنه في معنى الهبة المعوضة ، وهذان القولان الأخيران نقلهما الأصحاب في كتب الاستدلال بلفظ قيل : ولم يصرحوا بالقائل ، ولا ريب في ضعفهما لدلالة الأخبار المذكورة على اللزوم بعد حصول القبض كالحديث الأول وقوله فيه «الناس عند شروطهم» إلى أن قال : «فهو لعقبه كما شرط حتى يفتنوا ثم يرد الى صاحب الدار» فانه ظاهر ، بل صريح في وجوب الوفاء بما اشترط ، وأنه ليس لصاحب الدار التصرف الا بعد فنائهم ، الحديث الثاني والثالث ، وفيه تصريح بأنه ليس لصاحب الدار أن يخرج به ، ومعنى الجواز في هذه الأخبار الصحيحة يعني أنه يصح له التصرف والخبر المذكور صريح في اللزوم ، ومثل ذلك الحديث الخامس حكم فيه بأن البيع لا ينقض السكنى بمعنى أنها لازمة لا يوجب البيع نقضها ، ويؤكد جعلها في قرن الأجادة التي لا اشكال في لزومها ، وبالجملة فان القولين المذكورين ضعيفان لا يلتفت اليهما ، ومما ذكرنا يعلم أن القبض شرط في لزومها وبذلك صرح الأصحاب ايضاً .

الثالث : لو قال : لك سكنى هذه الدار ما بقيت وحييت ، يعني الساكن فانه لا اشكال ولا خلاف ظاهراً في أنه بعد موت الساكن ترجع الدار إلى من أسكنه أو إلى ورثته ان مات ، وعلى ذلك تدل جملة من الاخبار المتقدمة كالخبر

الأول والثاني ، فانهما ظاهران في وجوب العمل بالشرط ، وأنه بعد انقضاء الشرط ان كان بالنسبة إلى الساكن أومع ورثته ترجع الدار إلى صاحبها الأول . وقال المحقق في الشرايع : ولو قال لك سكنى هذه الدار ما بقيت أوحيت جاز ، ويرجع إلى المسكن بعد الساكن على الأ شبه ، أما لو قال : فإذا مات رجعت إلى ، فانهما ترجع قطعاً ، انتهى .

ونسبة القول المذكور إلى الأ شبه مؤذن بالخلاف في ذلك ، والظاهر أن منشأ ذلك ما ذكره الشيخ في المبسوط حيث نقل في أصل المسئلة قولين بالصحة والبطالان ، ثم نقل عن القائلين بالصحة أنهم اختلفوا فذهب قوم منهم إلى أنها للمعمر مدة بقائه ، ولورثته من بعده ، وقال آخرون منهم : أنه إذا مات رجعت إلى المعمر أو إلى ورثته ان كان مات ، قال : وهذا هو الصحيح على مذهبنا .

وأنت خير بأن الظاهر أن الخلاف الأول والثاني إنما هو للعامة لما علم من عادة الشيخ في الكتاب المذكور ويشير إلى ذلك قوله أخيراً وهذا هو الصحيح على مذهبنا ، فانه ينقل أقوال العامة ويختار منها ما يوافق مذهبه ، وأخبارنا المتقدمة ظاهرة بل صريحة في بطلان هذه الأقوال المذكورة عما ذكرنا من الانتقال إلى المالك بعد انقضاء مدة الأسكان ان قرن بمدة ، أو موت الساكن ان قرن بحياته ، ثم ان المفهوم من كلام الأصحاب وعليه تدل الأخبار المتقدمة أنه متى قرن السكنى بعمر الساكن خاصة أومع عقبه فانه بعد موت الساكن أو الجميع يرجع ذلك المسكن إلى المالك ، ونقل عن الشيخ في المبسوط عدم الانتقال لو شرط العقب بعده .

قال في الدروس : ولو قال : هي لك عمرك ولعقبك لم يملكها المعمر ، بل ترجع بعد موت العقب إلى المالك ، وظاهر الشيخ عدم رجوعها لخبر جابر عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) ، انتهى .

أقول والخبر المذكور هو ما رواه جابر أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)

ج ٢٢ في انتقال الحق إلى الورثة مدة حياة المالك لوقرن السكنى بعمره ٢٨٣

قال : أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه فأنما هي للذي يعطاها ، لا ترجع إلى الذي أعطاه ، فانه أعطى عطاء وقعت فيه المسواريث « (١) وأنت خير بأن هذا الخبر غير موجود في كتب اخبارنا ، والظاهر أنه عامي .

وكيف كان فالقول المذكور ضعيف مردود بالأخبار المتقدمة ، كالخبر الأول والثاني فانهما صريحان في الرجوع إلى صاحب الدار بعد فناء العقب ، وقوله انه ليس للعقب أن يبيعوا ولا يورثوا أظهر في عدم الملك .

وبالجملة فان المفهوم من الأخبار المتقدمة تصريحاً في بعض وتلويحاً في آخر أنه لا فرق في رجوع المعطي بأحد الوجوه المذكورة إلى المالك بين أن يعلق على عمر أحدهما أو على عقب المعمر بعده ، بأن يجعل المنفعة لهم بعده مدة عمرهم ، أو لبعض معين منهم ، أو جعله له مدة ، ثم لعقبه مدة معينة مخصوصة ، فيكون حينئذ مركباً من العمرى والرقبى ، ثم بعد انقضاء المدة المعينة يرجع إلى المالك ، وإلى جميع ذلك يشير قوله في الخبر الاول «الناس فيه عند شروطهم» ، والله العالم .

الرابع : لاختلاف بين الأصحاب في أنه لوقرن السكنى بعمر المالك ثم مات الساكن قبل المالك فانه ينتقل الحق إلى ورثته مدة حياة المالك ، كغيره من الحقوق والأملاك التي يرثها الوارث ، إنما الخلاف فيما لوقرت بعمر المعمر وهو الساكن ثم مات المالك قبله ، فالمشهور أنه لا يجوز لورثة المالك ازعاج المعمر واخراجه مادام حياً ، لأن الأصل في العقد اللزوم ، وهو قد استحق بالعقد المنفعة مدة حياته ، حيث أنها قرنت بعمره ، وقد دل الخبر الاول كما عرفت «الناس عند شروطهم» ومقتضى الشرط هنا ما ذكرناه .

ويدل عليه أيضاً قوله في الخبر الثاني ان كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط ، فان الضمير راجع إلى الساكن بقرينة قوله بعده «وان كان جعلها له

ولعقبه، وهو أعم من أن يموت المالك أو يبقى .

وذهب ابن الجنيدي إلى تفصيل في ذلك ، فقال : إذا أراد ورثة المالك اخراج الساكن بعد موت المالك نظر إلى قيمة الدار ، فان كانت تحيط بثلك المييت لم يكن لهم اخراجه ، وان كان ينقص عنها كان ذلك لهم .

ويدل على ما ذهب إليه الخبر السادس حيث فصل فيه كما ذكره ، قال الشيخ في كتابي الأخبار بعد ايراد الخبر المذكور ما تضمن هذا الخبر من قوله «يعنى صاحب الدار ، فانه غلط من الراوي ووهم منه في التأويل ، لأن الأحكام التي ذكرها بعد ذلك إنما تصح إذا كان قد جعل السكنى حياة من جعل له السكنى فحينئذ يقوم وينظر باعتبار الثلث وزيادته ونقصانه .

وأما إذا جعل السكنى حياة صاحب الدار فانه يبطل السكنى بموته ولم يحتاج إلى تقويمه واعتبار الثلث وربما أوهم هذا الكلام منه موافقته لابن الجنيدي مما ذهب إليه ، الا أن الظاهر أنه إنما أراد به بيان بطلان هذا التأويل ، بناء على ما اشتملت عليه الرواية من هذا الحكم ، وأنه لا يتمشى هذا الحكم المذكور فيهما الا على تقدير كون التعمير بمدة عمر الساكن ، لاصحاب الدار ، لأنه لا خلاف ولا اشكال في البطلان بموت صاحب الدار إذا قرنت بعمره ، وربما حمل صاحب الدار في الخبر على الساكن فانه صاحب في الجملة لملكه المنافع مدة حياته - وان بعد ، الا أنه لا بأس به في مقام التأويل جمعاً بين الأدلة ، ثم ان الأصحاب قد ردوا هذه الرواية بضعف السند ، واضطراب المتن .

قال في الدروس : وقال ابن الجنيدي (رحمة الله عليه) : يعتبر خروجها من الثلث لرواية خالد بن نافع عن الصادق عليه السلام وفي متنها اضطراب ، وقال في المسالك : ان في سندها جهالاً وضعفاء ، ومتنها خللاً يمنع من الاستناد إليها ، فالمذهب هو المشهور .

أقول : ولعل الخلل المشار إليه منشاؤه أن التفصيل بالخروج من الثلث

وعدمه إنما هو فيما إذا كان ذلك في مرض الموت لافي حال الصحة ، والمفروض في الخبر لادلالة فيه ، ولا اشارة إلى أن ذلك كان في المرض ، فيصير الخبر بذلك مضطرباً ومختلفاً لخروجه عن مقتضى القواعد الشرعية ، والأصول المرعية .

ومن ذلك يظهر أن العمل على القول المشهور لتأييده بما قدمناه من الأخبار وموافقته القواعد المقررة ، وضعف هذا الخبر سنداً ومتناً كما عرفت ، والله العالم .

الخامس: الموجود في كلام الأصحاب وكذا في الأخبار في الاقتران بالعمر هو عمر المالك ، أو عمر الساكن وحده أو مع عقبه ، وهل يتعدى الحكم إلى غيرهم ، فيقرن بعمر أجنبي اشكال ، قال في المسالك : يحتمل العدم ، وهو الذي أفتى به الشهيد في قواعده ، للأصل وعموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) ، ودأن المؤمنين عند شروطهم (٢) ، وهذا من بطلته ، ولصدق اسم العمرى في الجملة ، المدلول على مشروعيةها في بعض الأخبار من غير تقييد بعمر أحدهما ، وهذا لا بأس به ، ويحتمل عدم التعدي إلى غير مانص عليه ، لاشتمال هذا العقد على جهالة من حيث عدم العلم بغاية وقت المنفعة المستحقة ، والأصل يقتضى المنع في غير محل الوفاق .

ويتفرع على الأول حكم مالومات أحدهما في حياة من علقت بعمره ، فإن كان المبيت المالك فالحكم كما لو مات في حياة المعمر ، وإن كان المعمر رجعت إلى المالك ولو مات من علقت على عمره عادت إلى المالك أيضاً مطلقاً ، عملاً بالشرط ، انتهى . أقول : الظاهر أن الأقرب هو الثاني ، لأن الحكم بانتقال الملك عن مالكه عيناً كان أو منفعة يتوقف على ناقل شرعي ، ولم يرد من الشارع ما يدل على هذه الصورة ، ليصح ترتب النقل عليها ، والاحتجاج بالأصل مدفوع بأن الأصل العدم حتى يقوم دليل على جواز ذلك ، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود متوقف على مشروعية العقد وثبوته عن الشارع ، فالاستدلال به لا يخرج عن المصادر والمسؤولون عند شروطهم ، غاية ما يفيد الإباحة ، والكلام في لزوم ذلك بحيث لا يجوز له الرجوع

(١) سورة المائدة الآية ١ (٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦ .

تلك المدة كما هو مقتضى هذه المعاملة .

نعم اذا وقع الشرط في عقد لازم لازم ما وقع فيه ، ويؤيد ذلك أيضاً أنه هو الأحوط في الدين ، والأخذ به واجب في موضع عدم النص عند المحدثين ، « خلال بيتن ، وحرام بيتن ، وشبهات بين ذلك فمن اجتنب الشبهات نجى من الهلكات ، والله العالم .

السادس : الظاهر أنه لا خلاف في أنه لو أطلق السكنى ولم يعين مدة أو عين مدة غير مضبوطة فله السكنى مدة تكون جائزة ، لا لازمة بمعنى أنه له اخراجه متى شاء ، ويدل على ذلك الخبر الثالث والرابع ، وعلى ذلك يحمل الخبر الثالث عشر والا فانه على إطلاقه مخالف للأخبار وفتوى الأصحاب ، مضافاً الى ضعف الرواية ، فلا بد من حمله على ما ذكرناه ، والا فطرحه من البين ، وهذه الصورة مستثناة من صورة هذه المعاملة ، حيث ان الحكم فيها الملزوم كما عرفت نصاً وفتوى ، إلا في هذه الصورة .

بقي الكلام هنا في موضعين : أحدهما - في أنه قد صرح في التذكرة بأنه مع الإطلاق يلزم الاسكان في مسمى العقد ولو يوماً ، والضابط ما يسمى اسكاناً وبعده للمالك الرجوع متى شاء ، وتبعه المحقق الشيخ على (رحمة الله عليه) واحتج بالرواية الرابعة ولعل ذلك بالنظر الى قوله « وله أن يخرج بعد قوله أسكن رجلاً داراً ، فان الاخراج ظاهر في كونه قد سكن ، وأن الاخراج بعد السكن فيها ، قيل : ويمكن الاحتجاج له بما يدل على لزوم غيره من العقود ، كعموم « أو فوا بالعقود » (١) فلا بد من الحكم هنا بلزومه وقتاً ما ، عملاً بالدليل ، ثم يرجع الى الجواز .

أقول : أنت خبير بأن قضية الجواز التخيري بين الوفاء بالعقد وعدمه ، لأنه لا معنى لكونه جائزاً غير لازم ، الا أنه ان شاء اسكن وان شاء لم يسكن ، ومتى

اسكن فان شاء اخرج وان شاء لم يخرج ، وأما الرواية فان ما اشتملت عليه أحد الفردين المذكورين ولا يلزم من ذكره الاختصاص به ، وأما الآية فهي مخصوصة بالعقود اللازمة ، ولزوم الوفاء آنأما ، وان جاز الرجوع بعد ذلك كما ذكره خلاف ظاهر الآية ، اذ ظاهرها وجوب الوفاء ما لم يعرض للعقد ما يوجب فسخه أو بطلانه ، وكان مبنى ما ذهبوا اليه على أنه لا بد من الاسكان في الجملة ، ليصدق السكنى وتندرج هذه الصورة تحت هذه القاعدة ، وفيه أنها قد خرجت بعدم لزوم الاسكان فيها ، فهي ليست من أفرادها وانما هذا حكم سأل عنه السائل في تلك الأخبار ، فأجابوا عليه السلام عنه بأنه باذنه في ذلك لا بأس بالجلوس ولكنه لا يلزم كما في غيره من صور هذه القاعدة ، وبالجمله فاني لا أعرف لما ذكره هنا وجهاً وجيهاً يعتمد عليه .

وثانيهما أنه لا يخفى أن مورد الخبرين المتقدمين السكنى خاصة لو أطلقها ، وأما العمرى والرقبى فلم يتعرضوا في الأخبار لحكمها لو أطلقنا أيضاً ، وقطع في الدروس ببطلان العمرى مع الاطلاق ، ولم يتعرض للرقبى ، وفي التحرير قطع بأنه مع اطلاق العمرى والرقبى يصح ، ويكون للمالك اخراجه متى شاء كالسكنى .

قال في المسالك بعد نقل ذلك : وهو في الرقبى حسن ، وفتوى الدروس في العمرى أحسن ، وهو مؤذن باختيار الصحة في الرقبى خاصة ، مثل السكنى والبطلان في العمرى ، وظاهر كلامه قبيل هذا الكلام هو التوقف في العمرى ، والحكم بالصحة في الرقبى ، حيث قال : ويمكن القول بفساد العمرى مع الاطلاق لاقتضاها الاقتران بعمر ، أما لأحد هما كما هو المشهور ، أو مطلقاً كما قررناه ، فاذا لم يعينه بطلت للجهاالة ، كما لو عين مدة غير مضبوطة ، حيث يعتبر تعيينها ، والصحة اقامة لها مقام السكنى ، لا اشتراكهما في كثير من المعاني والأحكام ، ومناسبتها على الوجه الذي قررناه سابقاً ، فيكون كاستعمال لفظ السلم في مطلق البيع وكذا القول في الرقبى ، وأولى بالصحة هنا لأن اطلاقها باعتبار رقبه المملك أو انتقاب المدة

التي يرتضيها المالك ممكن هنا بطريق الحقيقة ، فاستعمالها في السكنى يكون كاستعمال أحد المترادين مكان الآخر ، وإن اختلفا من جهة أخرى ، وهذا قوي ، انتهى . أقول : لا يخفى أنه وإن تكرر في كلام الأصحاب ذكر الرقبى في أفراد هذه المعاملة ، وتكلفوا الوجه في التسمية بذلك ، كما تقدمت الإشارة إليه ، إلا أنه لا وجود لذلك في أخبار المسئلة المتقدمة وليس غيرها في الباب ، وحينئذ فيسقط الكلام فيها بالكلية في هذا الموضوع وغيره وإنما الموجود فيها السكنى والعمرى والحبس خاصة .

وقد أشرنا فيما تقدم في غير موضع أن الأصحاب في جملة أكثر التفريعات والأحكام الخارجة عن موارد الأخبار إنما جروا فيها على كلام العامة ، ولا يبعد أن هذا من ذلك .

وأما العمرى فالظاهر أنها مثل السكنى في هذا الحكم فإنه لا فرق بين الأمرين إلا بالتعبير بلفظ الأسكان في الأول ، والعمرى في الثاني ، والأفالم يرجع إلى أمر واحد ، فإذا قال أسكنتك فهي سكنى ، وإذا قال : أعمرتك فهي عمرى كما تقدمت الإشارة إليه في صدر المبحث ، والأخبار دلت على أنه مع اقتران الأول من هذين اللفظين بالمدة المعينة ، فإنه يلزم الوفاء تلك المدة ، ولا يجوز الرجوع ومع اقتران الثاني بعمر الساكن أو المالك كذلك ، والاطلاق الذي أوجب الجواز - دون اللزوم في الأول - إنما هو من حيث عدم ذكر المدة المشترطة ، والاطلاق في الثاني يرجع إلى ذلك ، فإنه من حيث عدم ذكر عمر أحد من المالك أو الساكن أو غيرهما على القول به ، فالقول بالصحة في الأول ، والبطلان في الثاني ، لا عرف له وجهاً وجيهاً .

قوله في المسالك - في بيان احتمال الفساد : « أنه إذا لم يعين عمر أحدهما أو مطلقاً بطلت للجهالة » فيه أن ذلك وارد أيضاً في السكنى إذا أطلقها ولم يقيد بمدة ، مع أنه حكم بالصحة هو وغيره ، وإن كان للمالك الرجوع ، فإن كانت الجهالة

من هذه الجهة موجبة للبطلان ففي الموضوعين ، وإلا فلا فيهما ، اللهم إلا أن يكون مبني كلامه على الفرق بين ما إذا لم يعين للسكنى مدة بالكلية ، فانه يصح ، وبين ما إذا عين مدة غير مضبوطة كقدوم الحاج ، وإدراك الغلة ، فانه يبطل ، والعمرى انما هي من قبيل الثاني ، لأنه ذكر العمر ولم يعينه بعمر أحد ، فهو كما لو ذكر المدة ولم يشخصها بمدة معينة ، ويشير اليه قوله كمالو عين مدة غير مضبوطة إلا أن فيه أن الظاهر من قوله ^{إلا في الخبرين} المشار اليهما ولم يوقت ما هو أهم من الأمرين المذكورين لأن المراد لم يوقت لذلك وقتاً معيناً وهو أهم من أن لا يوقت بالكلية ، أو وقت ولكنه غير معين ، والمراد بالسكنى المطلقة التي تكون صحيحة غير لازمة هو هذا المعنى ، فان الوقت الغير المعين يرجع الى عدم التوقيت بالكلية ، اذ لا تمة ترتب عليه ، والله العالم .

السابع : المشهور بين الأصحاب أنه لا تبطل السكنى والعمرى والرقبى بالبيع ، وعليه يدل الخبر الخامس ، إلا أن مورده السكنى والعمرى ، وقد عرفت أن الرقبى لا وجود لها في الأخبار ، ونقل في الدروس قولاً يبطلان البيع ، واضطرب كلام العلامة هنا ، ففي الارشاد قطع بجواز البيع ، وفي التحرير استقرب عدمه ، لجهالة وقت انتفاع المشتري ، وفي القواعد والمختلف استشكل الحكم ، وفي التذكرة أفتى بالجواز للرواية ، ثم استشكل بعد ذلك .

قال في المسالك : ومنشأ المنع أو الأشكال أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعة ، ولهذا لا يجوز بيع مالا منفعة فيه ، وزمان استحقاق المنفعة في العمرى مجهول .

أقول : لا يخفى ما في هذا التعليل العليل من الوهن والقصور ، فان ما ذكره لو تم لاقتضى عدم جواز بيع ما آجره المالك لأن منفعته ملك للمستأجر ضمن مدة الأجرة ، والبيع انما وقع على مال مسلوب المنفعة تلك المدة ، مع أن النصوص المتقدمة في كتاب الأجرة دالة على جواز البيع ، وعدم إبطال الأجرة

والكلام في الموضوعين واحد ، كما صرحت به الرواية المذكورة هنا ، وقوله فيها « لا ينقض البيع الاجارة والسكنى » وقياسه ذلك على بيع ما لا منفعة فيه قياس مع الفارق ، فان البيع فيما نحن فيه وكذا في الاجارة غير خال من المنفعة في الجملة وانما تخلف بعض منها ، والجهالة المدعاة في العمرى مع تسليم الإبطال بها مستثناة بالنص .

وبالجملة فان النص المذكور صحيح صريح فيما قلنا ، ورد به هذه التعليقات العليلة اجتهد في مقابلة النصوص .

بقي الكلام هنا في مواضع : الأول - قال في الدروس : لو باع المالك العين كان فسخاً للسكنى ، لا الرقبى والعمرى ، ويتخير المشتري في فسخ البيع واجارته مع جهله ، وقيل : يبطل بيع المعلقة بالعمر للجهالة ، والاول مردى عن الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام ، انتهى .

أقول : المفهوم من كلام غيره من الأصحاب انه لا فرق في الصحة بين السكنى وأخويها المذكورين في صورة البيع ، فحكمه هنا بانفساخ السكنى بالبيع وتخصيص الصحة بأخويها غريب لأعرف له موافقاً فيه ، نعم لو كانت السكنى جائزة وهي السكنى المطلقة فانهم ذكروا أنها تبطل ، لأن من شأن العقد الجائر إذا طرأ عليه عقد لازم ينافيه فانه يبطله ، والرواية التي هي مستند هذا الحكم ليست مخصوصة بالعمرى ، كما يشعر به ظاهر كلامه ، لأنه وان كان صدر الرواية قد تضمن السؤال عن رجل أسكن رجلاً داره مدة حياته ، وهذه الصورة عندهم كما قدمنا ذكره صدر البحث مما يطلق عليها السكنى والعمرى ، الا أن الخبر المنقول في آخر الرواية عن أبي جعفر عليه السلام وكذلك ما قبله ، إنما صرح فيه بالسكنى ، وانها مع الاجارة لا تنقض بالبيع .

وبالجملة فالخبر صريح في السكنى والعمرى معاً ، لأنه مختص بالعمرى ، كما هو ظاهر كلامه ، ومثله الشهيد الثاني في المسالك أيضاً ، وكأنهم بنوا على

ما تضمنه صدر الخبر وغفلوا عما تكرر فيه بعد ذلك من ذكر السكنى ، سيما الرواية عن أبي جعفر عليه السلام .

الثاني - حيث قد عرفت أنه يجوز البيع في هذه الصورة ، فإن كان المبيع مسلوب المنفعة ، فإن كان المشتري عالماً فلا خيار له ، لأنه قدم على شراء عين مسلوقة المنفعة ، فيجب عليه أن يصبر حتى ينقضي المدة أو العمر المقرون بها فتنتقل المنفعة بعد ذلك ، وله في تلك المدة وبقاء العمر الانتفاع بالمبيع ، بالبيع والهبة والعق ، وغير ذلك مما لا يتعلق بتلك المنفعة المستحقة ، وإن كان جاهلاً تخير بين الصبر مجاناً إلى انقضاء المدة أو العمر ، وبين الفسخ ، لحصول العيب بفوات المنفعة .

الثالث - لو كان المشتري هو المعمر في صورة العمرى أو الساكن في صورة السكنى ، فأنك قد عرفت أن المنفعة قد انتقلت إليه في تلك المدة وزمان العمر ، وبعد الاشتراء قد انتقلت له العين أيضاً ، فصارت العين ومنافعها له ، فيجوز له أن يبيعها مع منافعها ، لأن الجميع ملك له ، وأما قبل الاشتراء فإنه لا يجوز له بيع المنفعة التي انتقلت إليه ، لأن البيع لا يقع على المنافع ، وإنما مورده الأعيان كما تقدم في كتاب البيع (١) .

نعم الأقرب أنه يجوز له الصلح عليها ، وعلى هذا لو اشترى العين غيره جاز له أن يصلح المشتري على ما يستحقه من المنفعة بمال معلوم ، فيصير المشتري مالكاً للعين والمنفعة ، كما لو كان المشتري هو المعمر أو الساكن ، والله العالم .

الثامن : المشهور بين الأصحاب أنه إذا أطلق السكنى بمعنى أنه لم يعين الساكن ، بل قال : أسكنتك هذا الدار مدة كذا ، أو عمر كذا ، أو نحو ذلك ، فإنه يسكن فيها بنفسه وأهله وأولاده ، ولا يجوز له إسكان غيرهم إلا باذن جديد زائد على مجرد هذا العقد .

قال الشيخ في النهاية إذا أسكن إنسان غيره لم يجز للساكن أن يسكن معه غيره إلا ولده وأهله ، ولا يجوز له سواهم ، ولا يجوز للساكن أيضاً أن يؤجره ولا أن ينتقل عنه فيسكن غيره إلا بأذن صاحب المسكن ، وعلى هذه المقالة جرى من تأخر عنه إلا ابن ادريس ، فانه قال في السرائر بعد نقل كلام الشيخ المذكور : والذي يقتضيه أصول المذهب أن له جميع ذلك ، اخلافه واجارته وانتقاله عنه واسكان غيره معه سوى ولده وامرأته سواء أذن له في ذلك أم لم يأذن ، إذا كان أول ما أسكنه قد أطلق السكنى لأن منفعة هذه الدار استحقها ، وصارت مالا من أمواله ، وحقاً من حقوقه ، فله استيفائها كيف شاء بنفسه وبغيره ، وما أورده شيخنا أبو جعفر (رحمة الله عليه) في نهايته فلا شك أنه خبر واحد قليلاً ما يورده أصحابنا في كتبهم ، فشيخنا المفيد (رحمة الله عليه) لم يورده في مقنعته ، ولا السيد المرعشي (رضي الله عنه) ولا المحصلون من أصحابنا ، انتهى .

احتج الأصحاب على ما ذكروه بأن الأصل عصمة مال الغير ، وحفظه عن تسلط غير المالك ، خرج عنه المسكن بالاذن وأهله وأولاده قضية للعرف ، فصار كالمأذون فيه مطلقاً ، بقي الباقي على أصل المنع ، وأجابوا عما ذكره بالمنع عن الاستحقاق المطلق ، بل إنما يستحق على ما جعل له ، وهو السكنى فلا يتناول الاجارة وغيرها ، لعدم الاذن فيه مطلقاً ، وعرفاً .

وتنظر فيه في المسالك ، ولم يذكر وجه النظر ، ثم قال : وكيف كان فالعمل على القول المشهور ، وإن كان كلام ابن ادريس لا يخلو من قوة .

أقول : لا يخفى أنه ليس في شيء من أخبار المسئلة ما يدل على هذا الحكم المذكور بوجه ، فقول ابن ادريس أن ما أورده الشيخ في النهاية خبر واحد ، إنما هو من قبيل ما قدمنا ذكره في غير موضع من أنه لما كان أكثر ما يذكره الشيخ في هذا الكتاب قد جرى فيه على ما أورده في الأخبار ، ظن ابن ادريس أن جميع ما في الكتاب من فتاوى الشيخ من ذلك القبيل ، والا فهذه أخبار المسئلة

٢٢٣ ج في أن مقتضى إطلاق السكنى اسكانه بنفسه وأهله وولده ٢٩٣

كماً كما قدمناه ، وهي كما ترى خالية من التعرض لذلك ، ولهذا ان الأصحاب إنما استندوا في ادخال من ذكره إلى العرف ، حيث ان ظاهر اللفظ إنما يدل على اسكان ذلك الرجل وحده ، ولكن حيث دل العرف على دخول من ذكره حكموا بوجوب دخولهم ، ولهذا أيضاً ان العلامة في التذكرة ألحق من جرت العادة أيضاً باسكانه ، مثل عبده وجاريته ومرضعة ولده ، لدلالة العرف على ذلك وكذا الدابة والضيف إذا كان في الدار موضع يصلح لها ، وكذا احرار الغلة فيها ونحو ذلك مما جرت العادة به ، ولا بأس به .

وما ذكره شيخنا المتقدم ذكره من النظر في جواب الأصحاب عن حجة ابن ادریس لأعرف له وجهاً ، فان غاية ما يدل عليه لفظ السكنى هو السكون في تلك الدار لا مطلق الانتفاع ، كما يدعيه ابن ادریس ، ومطلق الانتفاع إنما يترتب على الاجارة لا على السكنى الصريح في خصوص هذه المنفعة ، ان اراد جميع منافعها فممنعه ظاهر ، وان أراد هذه المنفعة الخاصة فهو مسلم ، ولكن بالنسبة إليه خاصة ، لأن قوله أسكنتك في معنى أذنت لك في السكون ، والاذن إنما حصل له خاصة ، ولكن لما كان مقتضى العرف والعادة هو تبعية من جرت العادة بملازمته له كالزوجة والأولاد ونحوهم ادخلناهم في الاذن من هذه الجهة ، واما غيرهم فلا يدل العرف عليه ، ولا يدخل تحت مفهوم اللفظ كما عرفت ، فكيف يتم ما ذكره ابن ادریس والحال كذلك .

وبالجملة فأصالة العدم حتى يقوم الدليل على خلافه أقوى مستمسك ، فالأظهر هو القول المشهور .

التاسع : قال الشيخ في النهاية : إذا جعل الانسان خدمة عبده او امته لغيره مدة من الزمان ثم هوجر بعد ذلك ، كان له ذلك أيضاً جائزاً ، وكان على المملوك الخدمة في تلك المدة ، فإذا مضت المدة صار حراً ، فان أبقي العبد هذه المدة ثم ظفر به من جعل له خدمته لم يكن له بعد انقضاء تلك المدة سبيل .

أقول : وما ذكره الشيخ هو مدلول الخبر الثامن ، وقال ابن ادریس بعد نقل كلام الشيخ : أورد شيخنا هذه الرواية وهي من أضعف أخبار الآحاد ، لأنها مخالفة لاصول المذهب ، لان التدبير عند أصحابنا بأجمعهم لا يكون الا بعد موت المولى الذي هو المعتقد المباشر للمعتقد .

أقول : وقد غفل ابن ادریس هنا عن شيء آخر ، وهو أن الابق عند الأصحاب وعليه دلت الأخبار مبطل للتدبير ، والرواية المشار إليها قد اشملت على الابق بعد التدبير ، حيثما ذكره الشيخ هنا في عبارته ، والتحقيق في المقام أن يقال لا ريب أن ما ذكره ابن ادریس هو المتفق عليه بين الأصحاب ، من أن التدبير إنما يعلق بموت المولى ، ولكن الشيخ وجماعة من اتباعه وجملة من المتأخرين كالمحقق والعلامة وغيرهما صرحوا بالتدبير في هذه الصورة أيضاً ، استناداً إلى الخبر المشار إليه ، وهو صحيح صريح في ذلك ، ولما نفع من العمل به ، وإن رده ابن ادریس بأنه من أخبار الآحاد بناءً على قاعدته الخارجة عن جادة السداد .

وأما ما ذكرناه نصرة لابن ادریس من أن الابق مبطل للتدبير فقد أجاب عنه الشيخ بأن هذا الحكم مخصوص بالتدبير معلق على موت المولى ، كما هو مورد تلك الأخبار ، لا مطلق وهو جيد ، وألحق العلامة أيضاً التدبير بموت زوج المملوكة .

ويدل عليه ما رواه الشيخ في الموثق عن محمد بن حكيم (١) قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل زوج أمته من رجل حُر ثم قال لها : إذا مات زوجك فأنت حرة ، فمات الزوج قال : فقال إذا مات الزوج فهي حرة ، تعتد منه عدة الحرة المتوفي عنها زوجها ، ولا ميراث لها منه ، لأنها صارت حرة بعد موت الزوج .

وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك رد هذا القول ، وضعفه بعدم وجود الدليل وهو غفلة عن الاطلاع على الخبر المذكور ، وسيأتي ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٤ ح ٣٨ ، الوسائل ج ١٦ ص ٩٧ ح ٢ .

للمقام في كتاب التدبير ، وفي هذا الخبر تأييد وتأكيـد لسابقه في عدم اشتراط التدبير بموت المولى خاصة ، وربما قيل : بجواز التدبير بموت كل من علق عليه ، ولا أعرف له دليلاً ، فالواجب الوقوف على موارد النصوص .

بقي الكلام في أن مخرج ذلك من الأصل أو الثلث ، والظاهر أن الحكم في ذلك ماصرح به في المختلف ، قال : وهل ينعتق العبد من الاصل أو من الثلث ؟ الاقوى أنه ينعتق من الاصل ، ان كان المالك حياً حال وفاة من علفت الخدمة بموته . ومن الثلث ان كان قد مات قبله ، وقد نبهنا على ذلك في كتاب القواعد ، انتهى ووجهه ظاهر .

العاشر : المعروف من كلام الاصحاب من غير خلاف يعرف أنه إذا حبس فرسه أو بغيره في سبيل الله أو غلامه في خدمة المسجد أو بيت الله الحرام أو بيت العباد ، لزم ذلك ولم يجز تغييره مادامت العين موجودة ، وفي التذكرة أنه يعتبر فيه القبض ، وفي التحريم صرح بأنه يعتبر فيه القربة ، وظاهر من حكم بلزومه وعدم جواز تغييره مادامت العين موجودة ، هو عدم الخروج عن ملك المالك ، وفي الدروس صرح بخروجه عن ملكه بالعقد ، بخلاف الحبس على الانسان ، كما سيأتي .

وصرح بعضهم بأنه يصح الحبس على جميع القرب ، وأما إذا حبس على آدمي فان أطلق ولم يعين مدة بطل بموت الحابس ، وعاد إلى ورثته ، والاصحاب حملوا ماتقدم من قضاء أمير المؤمنين عليه السلام برد الحبس وانفاذ المواريث على هذا الفرد ، وهو صريح الخبر الحادى عشر ، وعليه يحمل اطلاق الخبر الثاني عشر ، وان عين مدة لزم في تلك المدة ، وبعد انقضائها يرجع إلى الحابس أو ورثته ، وعلى هذا فلا دليل لهم على الحبس المقيـد بمدة ، ولا على الحبس في سبيل الله الاظهار الاتفاق على ذلك ، والا فانه لا تعرض له في شيء من الأخبار المتقدمة ، وليس في الباب غيرها . ثم انه مع الاطلاق هل يصح له الرجوع فيه ، أكثر العبارات خال من

التعرض لذلك ، وفي القواعد صرح بأن له الرجوع متى شاء ، واستحسنه في المسالك ، وهو غير بعيد لو حبس عليه مدة عمر أحدهما ، فانه مثل الحبس مدة في الرجوع إلى الحابس أو ورثته بعد انقضاء المدة والعمر ، وبه جزم في التحرير ، والنصوص خالية عنه ، إلا أنه الأوفق بالقواعد الشرعية .

قال في المسالك : واتفق الجميع على التعبير بالفرس والمملوكة في الوجوه المذكورة ، وزاد في الدروس البعير في سبيل الله ، فكان عليهم أن يذكروا حكم باقي ما يصح وقفه وأعمارهم ، والظاهر أن حكم الحبس كذلك موزعه مورد الوقف ، فيصح ، وحبس كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط السابقة على الإنسان مطلقاً ، وعلى القرب حيث يمكن الانتفاع فيها كمطلق الدابة ، لنقل الماء إلى المسجد والسقاية ، ومعونة الحاج والزائرين وطلاب العلم والمجتعدين ، والكتب على المتفقهين ، والبيت على المساكين وغير ذلك ، فالإقتصار على ما ذكره ليس بجيد ، وعموم الأدلة متناول للجميع ، وخصوصها خال من جميع ما ذكره ، انتهى .

المقصد الرابع في الهبة :

والكلام في هذا المقصد يقع في مقامين : الأول : في معنى الهبة وعقدها ، والأخبار الواردة فيها وما نصته تلك الأخبار من الأحكام فنقول : ان الهبة يعبر عنها بالنحلة والعطية ، قيل : والعطية تطلق على مطلق الاعطاء المتبرع به ، فيشمل الوقف والصدقة والهبة والهدية والسكنى ، ومن ثم أطلق بعض الفقهاء عليها اسم العطايا ، وعنوانها بكتاب ، فيكون أعم من الهبة والنحلة في معناها ، والهبة أعم من الصدقة - لاشتراط الصدقة بالقربة ، كما تقدم ذكره - ومن الهدية لاشتراط الهدية بالنقل إلى المهدي إليه من المهدي أعظماً وتوقيراً له ، ولهذا أنه لا يطلق لفظ الهدية على العقارات ، فيقال : اهدى له داراً ، ولا أرضاً ويقال : وهب له ذلك . ومما يتفرع على ذلك أنه لو نذر الهبة برأى بالصدقة والهدية ، ولو نذر بأحدى

الآخرين لم يبرأ بمطلق الهبة ، ولو حلف ان لا يهب ، فتصدق أو أهدى حنث دون العكس ونقل عن الشيخ في المبسوط أن الهبة والهدية والصدقة بمعنى واحد ، والظاهر بعده . وظاهر المشهور أنه يشترط في الهبة بالمعنى الأعم بعد أهلية التصرف من جانب الواهب ما يشترط في سائر العقود من الإيجاب والقبول ، ونحو ذلك مما تقدم ذكره مراراً إلا اعتبار كونه بلفظ الماضي قولاً واحداً ، فلا بد عندهم في الهدية التي هي أحد أفراد الهبة كما عرفت من جميع ذلك .

قال الشيخ في المبسوط : ومن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك منه إلى المهدي إليه الغائب فيوكل رسوله في عقد الهبة ، فإذا مضى وأوجب له وقبل الهدية المهدي إليه وأقبضه أياها لزم العقد ، وملك المهدي إليه الهدية ، ونحوه قال في الدروس ، وجعل عدم اشتراطها بالإيجاب والقبول احتمالاً ، واختلف كلام العلامة في ذلك ، ففي القواعد قطع بأن الهدية كالهبة في اشتراطها بالإيجاب والقبول ، وفي التحرير نقل قريباً من كلام الشيخ ، ثم قال : فلو قيل : بعدم اشتراط القبول كان وجهاً قضاء للعادة بقبول الهدايا من غير نطق ، ويلوح من آخر كلامه في التذكرة الفتوى بذلك .

قال في التذكرة - ونعم ما قال ، وإن أسنده إلى العامة ، فانه الحق الذي لا يعتريه اشكال - انه لا حاجة في الهبة إلى الإيجاب والقبول اللفظيين ، بل البعث من جهة المهدي كالإيجاب ، والقبض من جهة المهدي إليه كالقبول ، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) من قيصر وكسرى وسائر الملوك فيقبلها ولا لفظ هناك ، واستمر الحال من عهده (صلى الله عليه وآله وسلم) إلى هذا الوقت في سائر الاصقاع ، ولهذا كانوا يبعثون على يد الصبيان الذين لا يعتد بعبادتهم قال (رحمه الله) : ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة ، واعتذر واعما تقدم بأن ذلك كان اباحة لامتلياً ، وأجيب بأنه لو كان كذلك ما تصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلوم أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) كان يتصرف فيه ويملكه

غيره ، ويمكن الأكتفاء في هدايا الأظعمة بالارسال والأخذ جريباً على العادة بين الناس ، والتحقيق مساواة غير الأظعمة لها ، فان الهدية قد تكون غير طعام فانه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فان مارية القبطية أم ولده كانت من الهدايا ، انتهى ، ومرجع هذا التحقيق إلى ما قدمنا نقله وهو جيد ، واستحسنه في المسالك .

أقول : ومثل مارية القبطية التي أهديت إليه (صلى الله عليه وآله وسلم) الجارية التي أهداها المختار إلى زين العابدين عليه السلام فأولدها زيداً ، ومعها مبلغ من الدنانير قبله عليه السلام والحديث في حكاية اهدائها موجود ليس فيه شيء من هذه الأمور التي اعتبروها ، والشروط التي اشترطوها ، ومن تتبع الأخبار والسير علم صحة هذا الكلام ، وأن خلافه نفخ في غير ضرام .

على أنك قد عرفت ما في اشتراط الايجاب والقبول في سائر العقود هذا . والمشهور في كلامهم أن الاهداء إنما يفيد مجرد الاباحة دون الملك ، وللدافع الرجوع مادامت العين موجودة ، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك الميل إلى حصول الملك بذلك ، وان جاز الرجوع ، قال : - بعد ان استحسن كلام التذكرة كما ذكرناه - مالفظة : ومع ذلك يمكن ان يجعل ذلك كالمعاطاة تفيد الملك المنزّل ، ويبيح التصرف والوطىء ، ولكن يجوز الرجوع فيها قبله عملاً بالقواعد المختلفة ، وهي اصاله عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به ، وثبوت جواز التصرف فيها بل وقوعه ، ووقوع ما ينافي الاباحة ، وهو الوطىء واعطاء الغير فقد وقع ذلك للنبي (صلى الله عليه وآله وسلم) في مارية أم ولده ، وقد كان يهدى إليه الشيء فيهديه لزوجاته وغيرهن ، وأهدى إليه حلة فاهداها لعلي عليه السلام من غير أن ينقل عنه قبول لفظي ولا من الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) ايجاب كذلك مقارن له ، وهذا كله يدل على استفادة الملك في الجملة ، لا الاباحة ، ولا ينافي جواز رجوع المهدي في العين مادامت باقية ، انتهى .

أقول - وبالله التوفيق ، لنيل كل مأمول - : لا ريب أن ظواهر الأخبار الواردة في هذا المقام إنما هو الملك الحقيقي لما ذكره من التصرف بجميع وجوه التصرفات من وطىء وبيع وتصدق وهبة ونحوها ، ولا شك أن التصرف كيف شاء المتصرف من أقوى امارات الملك ، ودعوى أصالة عدم اللزوم في التحقيق لا يخرج عن القول بالاباحة ، بل يرجع إليه ، لأنه متى لم يكن الاهداء لازماً يوجب الملك كسائر الممتلكات ، بل يجوز الرجوع فيه فهذا هو عين ممانعه من الاباحة ونفاه في المقام ، وان حصل الفرق بنوع من الاعتبار القشرى الذي لا يصلح لترتب حكم شرعى ، وما المانع من كون الاهداء من الأسباب الناقلة للملك إذا اقتضته الأخبار كما عرفت ، ولا بد لنفيه من دليل .

وأما عدم تحقق عقد يجب الوفاء به ، ففيه ما عرفت في غير موضع مما تقدم من أن هذه العقود التي اشترطوها واشترطوا فيها ما اشترطوه مما لم يقم عليه دليل ، بل الدليل على خلافه واضح السبيل ، فان المفهوم من الأخبار أن المدار على التراضى من الطرفين ، وأنه العمدة في البين ، وقد عرفت أن بيع المعاطاة أيضاً لا يشترط فيه أزيد من رضا الطرفين بما يتفقان عليه ، فجعله من باب المعاطاة كما احتمله - يقتضى بناءً على ما حققنا في بيع المعاطاة ، من أنه شرعى لازم - أنه هنا كذلك ، ودعوى أن مفاده الملك المترزّل ممنوعة ، حتى أن بعد المحدثين جوز في المعاطاة أن يزن لنفسه ، ويضع الثمن في الدكان إذا كان ذلك معلوماً بأن قيمة ذلك الجنس كذلك ، من غير لفظ ولا كلام بين المتبايعين ، وما نحن فيه لا يقصر عن ذلك ، فانه متى أرسل المهدى الهدية بقصده واختياره ، وقبضها المهدى إليه فأى مانع من لزوم ذلك ، كما لزم بيع المعاطاة على الوجه المذكور .

وكيف كان فكلامه جيد بناءً على أصولهم وقواعدهم في العقود ، وأما على ما هو المفهوم من الأخبار كما تقدم في غير مقام فان ما ذكرنا أجود .

وبالجملة فان من الظاهر البين الظهور أن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم)

والأئمة عليهم السلام لولم يفهموا من الإهداء الملك الحقيقي لما تصرفوا هذه التصرفات من وطىء واستيلاد ونحوهما وعلو شأنهم ورفعة مكانهم أجل من أن يتصرفوا في ملك الغير مع عدم انتقاله لهم بناقل شرعي إلا بمجرد الإباحة ، أو الملك المتزلزل الراجع إليها ، فإن الإباحة لا يجوز في الفروج كما ذكره .

على أنه متى ثبت الملك كما اختاره وإن ادعى أنه في الجملة فتجوز الرجوع يحتاج إلى دليل ، وما استند إليه من أصالة عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد وهو معظم الشبهة عندهم ، فقد عرفت مافيه ، ودعوى أنه متزلزل كبيع المعاطاة وهو المشار إليه بقوله في الجملة ، قد عرفت تزلزله ، والله العالم .

والواجب أولاً نقل الأخبار التي وصلت إلينا في هذا الباب ثم الكلام فيها بتوفيق الملك الوهاب ، ونقل ما عثرنا عليه من كلام الأصحاب كما جرينا عليه في سابق هذا المقصد والله الهادي إلى حقيقة الحق والصواب .

الأول - ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي وجيل (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له » .

الثاني - ما رواه في الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع » .

الثالث - ما رواه في الكافي عن معاوية بن عمار (٣) في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له أله أن يرجع فيها ؟ قال : لا » .

الرابع - ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن زرارة (٤) « عن

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١١ و ص ٣٣ ح ١٩ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٦٢٧ و ص ١٥٤ ح ٦٣٢ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٣ و ص ٣٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٢٩ و ص ١٥٢ ح ٦٢٤ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٤١ الباب ٨ و ٩ ح ١ و ص ٣٣٢ ح ١ و ص ٣٣٤ الباب ٣ ح ١ .

أبى عبد الله عليه السلام قال : ان الصدقة محدثة ، انما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ينحلون ويهبون ولا يبنغي لمن أعطى الله عز وجل شيئاً أن يرجع فيه ، قال : وما لم يعط الله وفي الله ، فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ، ولا المرأة فيما تهب لزوجها ، حيز أو لم يحز أليس الله تعالى يقول : « ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً » وقال : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » وهذا يدخل في الصداق والهبة .

ورواه العياشي في تفسيره عن زرارة (١) « عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا يبنغي لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه » الحديث الى قوله : هنيئاً مريئاً ولم يذكر قوله . وهذا يدخل فيه الصداق والهبة .

الخامس - ما رواه عن محمد بن مسلم (٢) في الصحيح « عن أبى جعفر عليه السلام قال : الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها ان شاء حيزت أو لم تحز إلا الذي رحم فإنه لا يرجع فيه . » السادس - ما رواه الشيخ في التهذيب عن القاسم بن سليمان (٣) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الجارية على أن يثاب فلا يثاب أله أن يرجع فيها ؟ قال : نعم ان كان شرط له عليه ، قلت : أرايت ان وهبها له ولم يشبه أيطأها أم لا ؟ قال : نعم اذا كان لم يشترط عليه حين وهبها . »

السابع - ما رواه أيضاً عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله وعبد الله بن سليمان (٤) في الصحيح « قالوا : سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا ؟ فقال : تجوز الهبة لذوى القرابة ، والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء . » ورواه بسند آخر عن عبد الله بن سنان (٥) مثله ، الا انه قال والذي يثاب في هبته .

(١) المستدرک ج ٢ ص ١٥٥ الباب ٥ ح ٢ ، العياشي ج ١ ص ١١٢ ح ٣٦٦ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣١ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٣ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٣٣ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٦ و ص ١٥٨ ح ٦٥٠ و لافرق بين الروايتين

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٨ ح ٢ و ص ٣٤١ ح ٢ و ص ٣٣٨

ح ١ و ص ٣٤٢ ح ٣ .

الثامن - ما رواه في الصحيح عن أبان عمن أخبره (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال : هي بمنزلة الميراث وإن كان الصبي في حجره فهو جائز ، قال : وسألته هل لأحد أن يرجع في صدقته وهبته ؟ قال : إذا تصدق لله فلا ، وأما النحل والهبة فيرجع فيها حازها أولم يحزها وإن كانت لذى قرابة » ورواه بطريق آخر في الموثق عن داود بن الحصين (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : الهبة والنحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال : هي ميراث فإن كانت لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز » .

التاسع - ما رواه عن المعلى بن خنيس (٣) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام هل لأحد أن يرجع في صدقته أو هبته قال : أما ما تصدق به لله فلا ، الحديث .

العاشر - ما رواه عن معاوية بن عمار (٤) في الصحيح « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل كانت عليه دراهم لائسان فوهبها له ثم رجع فيها ثم وهبها له ثم رجع فيها ثم وهبها له ، ثم هلك قال : هي للذي وهب له » .
الحادي عشر - ما رواه عن جميل بن دراج (٥) في الموثق « عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه ؟ قال : نعم إلا أن يكون صغيراً » .

الثاني عشر - ما رواه عن صفوان (٦) في الصحيح « قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال له : ليس عليك فيه شيء في الدنيا والآخرة يطيب ذلك له ، وقد كان وهبه لولد له ؟ قال : نعم يكون وهبه له ، ثم نزع فجعله هبة لهذا » .

- (١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٧ و ص ١٥٧ ح ٦٤٨ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٤ الباب ٤ ح ١ و ص ٣٣٧ ح ٢ .
(٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥١ و ص ١٥٥ ح ٦٣٨ .
(٥) و (٦) التهذيب ج ٩ ص ١٥٧ ح ٦٤٦ و ٦٤٩ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٩ ح ٤ و ص ٣٣٣ ح ٢ و ص ٣٣٧ ح ١ و ص ٣٣٣ الباب ٢ .

الثالث عشر - مارواه في الكافي عن محمد بن عيسى العبيدي (١) « قال : كتبت الى علي بن محمد عليه السلام رجلا جعل لك جعلني الله فداك شيئا من ماله ثم احتاج اليه يأخذه لنفسه أو يبعث به اليك ؟ قال : هو بالخيار في ذلك مالم يخرج من يده ، ولو وصل إلينا لرأينا أن نواسيه به وقد احتاج اليه » .

الرابع عشر - ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال الهبة لا تكون أبدا هبة حتى يقبضها ، والصدقة جائزة عليه » .

الخامس عشر - مارواه عن ابراهيم بن عبد الحميد (٣) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك ، فإذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها ، وقال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته » .

السادس عشر - مارواه في الكافي والتهذيب عن سماعة (٤) في الموثق « قال : سألت عن رجل أعطى أمه عطية فماتت وكانت قد قبضت الذي أعطاه وثابت به ، قال : هو والورثة فيها سواء » .

السابع عشر - ما رواه في التهذيب في الصحيح عن أبي بصير (٥) « قال : قال أبو عبدالله عليه السلام الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض قسمت أو لم تقسم ، والنحل لا يجوز حتى يقبض ، وإنما أراد الناس ذلك فأخطأوا » .

ورواه الصدوق في كتاب معاني الأخبار (٦) في الصحيح الى أبي بصير وهو

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٦٠٦ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٥٤ و ص ١٥٨ ح ٦٥٣ .

(٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٣١ ، الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٦ .

(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤١ .

(٦) معاني الأخبار ص ٣٩٢ ح ٣٨ ط تهران سنة ١٣٧٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٦ ح ٨ و ٧ و ص ٣٤٣ ح ٤

و ص ٣١٧ ح ٣ و ص ٣٣٥ ح ٤ .

مشترك وإن كان الأظهر عده في الصحيح قال : بعد قوله أو لم تقسم وإنما أراد الناس النحل فأخطأوا ، والنحل لا تجوز حتى تقبض .

الثامن عشر - مارواه في الفقيه مرسل (١) « قال : وفي رواية السكوني أن علياً عليه السلام كان يرد النحلة في الوصية وما أقر عند موته بلائبت ولاينة رده .

التاسع عشر - مارواه في التهذيب عن أبي بصير (٢) « قال : سألت عن الرجل يشتري المبيع فيوهب له الشيء وكان الذي اشترى لؤلؤاً فوهبت له لؤلؤة فرأى المشتري في لؤلؤه أن يرد أبرد ما وهب له ؟ قال : الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها ؟ إنما سبيله على البيع ، فإن رد المبتاع المبيع لم يرد معه الهبة .

العشرون - مارواه عن سماعة (٣) في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده فقال : أما إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء ، وأما في مرضه فلا يصلح .

الحادي والعشرون - مارواه عن أبي بصير (٤) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخلص بعض ولده بالعطية ؟ قال : إن كان مؤسراً فنعم ، وإن كان معسراً فلا .

الثاني والعشرون - مارواه عن سماعة (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه صداق أو بعضه فتبرئه منه في مرضها « قال : لا ، ولكن إن وهبت له جازماً وهبت له من ثلثها .

الثالث والعشرون - مارواه في الكافي والتهذيب عن سماعة (٦) في الموثق

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٨٤ ح ٦٤٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١ ح ١٠٠٨ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٢ و ٦٤٤ .

(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٢ .

(٦) الكافي ج ٧ ص ٣٤٦ ح ١٤ ، التهذيب ج ١٠ ص ٢٨٨ ح ١١١٧ ، الفقيه

ج ٤ ص ١١٠ ح ٣٧١ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٥ ح ٤ و ص ٣٨٠

ح ١٢ و ص ٣٨٤ ح ١١ و ١٢ و ١٦ .

قال : سألته عن رجل ضرب ابنته وهي حبلى فأسقطت سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأة عليه ، فقالت المرأة لزوجها : ان كان لهذا السقط دية ولي فيه ميراث ، فان ميراثي منه لأبي ، قال : يجوز لأبيها ما وهبت له « ورواه في الفقيه عن سماعة مثله ورواه في التهذيب بسند آخر صحيح عن سليمان بن خالد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله وقال يؤدي أبوها الى زوجها ثلثي دية السقط » .

الرابع والعشرون - في التهذيب عن عبد الله بن سنان (٢) في الصحيح « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس للمرأة مع زوجها أمر في عتق ولا صدقة ولا تدير ولا هبة ولا نذر في مالها إلا باذن زوجها أو زكاة أو بر والديها أو صلة قرابته » .

الخامس والعشرون مارواه عن محمد بن اسماعيل بن بزيع (٣) قال : سألت الرضا عليه السلام يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها من غير طيب نفسها من خدم أو متاع أيجوز ذلك له ؟ قال : نعم اذا كانت ام ولده .

السادس والعشرون - مارواه في التهذيب عن إسحاق بن عمار (٤) في الموثق « قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقل أو أكثر فيقول : حللني من ضربى اياك ومن كل ما كان منى اليك وما أخفتك وأرهبتك فيحلله ويجعله في حل رغبة فيما أعطاه ، ثم ان المولى بعد ، أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع قد وضعها فيه العبد ، فأخذها المولى أحلال هي له ؟ قال : فقال : لا تحل له ، لأنه اقتدى بها نفسه من العبد مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة ، قال : فقلت له : فعلى العبد أن يزكيها ، اذا حال عليها الحول ؟ قال : لا ، إلا أن يعمل له بها ولا يعطى العبد من الزكاة شيئاً » .

(١) التهذيب ج ١٠ ص ٢٨٨ ح ١١١٨ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٢ ح ١٨٥١ ، الكافي ج ٥ ص ٥١٤ ح ٤ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٧٢٩ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٨٠٨ .

الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٣ ح ١٦١ ج ١٦ ص ١٢٣ ح ٢٠٦ ج ١٣ ص ٣٠٥ ح ٣

أقول : وقد تقدم في المقصد الثاني موثق عبيد بن زرارة (١) وفيه « ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز ، ولا ينبغي لمن أعطى الله عز وجل أن يرجع فيه » .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مواضع : الأول - لو أراد هبة مافي الذمة فلا يخلو أما أن يكون لغير من عليه الحق ، أو لمن عليه الحق ، فهنا مقامان : أحدهما في هبة غير من عليه الحق ، وقد اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في صحة ذلك وبطلانه ، والمشهور البطلان لما سيأتي - ان شاء الله تعالى - تحقيقه من أن القبض شرط في صحة الهبة ومافي الذمة يمتنع قبضه ، قالوا : لأنه ماهية كلية لا وجود لها في الخارج ، والجزئيات التي في ضمنها ليس هي الماهية ، بل بعض أفرادها غيرها .

أقول : ويؤيده ما صرح به الشيخ في المبسوط حيث منع من وقف الدين ، قال : لأن من شروطه القبض ، والدين لا يمكن تسليمه ، ولا يمكن فيه القبض ، وذهب الشيخ وابن ادریس والعلامة في المختلف الى الصحة ، واحتج عليه في المختلف بأنه يصح بيعه ، والمعاوضة عليه ، فتصح هبته لغير من هو عليه ، واشترط الهبة بالقبض لا ينافيه ، لتحقيقه بأن يقبضه المالك ، ثم يقبضه الموهوب ، أو يوكله المالك في القبض عنه ، ثم يقبض من نفسه .

أقول : ويدل على القول بالصحة ظاهر الخبر الثاني عشر ، والتقريب فيه التقرير على صحة الهبة لولده وان جاز له نزع منه ، كما صرح به إمامنا والنزع منه مستلزم لحصول الانتقال اليه بالهبة .

بقي الكلام فيه من حيث جواز الرجوع فيما يهبه لولده ، وهي مسألة أخرى يأتي الكلام فيها ان شاء الله تعالى ، وظاهر الخبر هو صحة الهبة وان لم يحصل قبض ، ويمكن حمله على أن القبض شرط في اللزوم لا الصحة ، والهبة

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١ .

صحيحة وان لم تكن لازمة ، وسيجىء تحقيق الكلام في ذلك أيضاً ان شاء الله تعالى .
وأما ما قيل : من أن الدين ماهية كلية لا وجود لها في الخارج الى آخر
ما تقدم ، فجوابه أنه لو تم ذلك لما صح بيعه والمعاوضة عليه ، لأن البيع مشروط بالقدرة
على التسليم اجماعاً في غير الابق ، بل يشترط وجوده مطلقاً ، والماهية لا وجود لها
على ما ذكره ، وبه يظهر أن الماهية وان كانت من حيث هي لا وجود لها إلا أنها
موجودة بوجود بعض أفرادها ، والا لما صح البيع ونحوه كما عرفت ، مع أنه
لا خلاف في الصحة .

وبالجملة فان ما في الذمة ان كان موجوداً متحققاً يمكن قبضه وتسليمه ،
فبيعه وهبته صحيحان ، لحصول الشرط والقدرة على القبض ، ونحن لانحكم بصحة
الهبة إلا بعد القبض ، كما لانحكم بصحتها لو تعلقت بعين إلا بعد قبضها ، والقبض
لما كان ممكناً بقبض بعض أفراد الماهية كما قدمنا ذكره صحت الهبة ، وتوقفت
على حصول القبض على ذلك الوجه ، ولا ريب في أن الدين مملوك للواهب قبل
قبضه ، وقبضه ممكن على الوجه المذكور ، فصحت هبته ، وتوقفت على قبضه كما
توقفت لو كانت عيناً ، وبه يظهر أنه لا يمتنع نقله الى ملك المشتبه حال كونه ديناً
كما ذكره ، لأنه مملوك له ، وإلا لما صح بيعه أيضاً .

وثانيهما - في هبة من عليه الحق ، والظاهر أنه لا خلاف في صحة ذلك
في الجملة ، انما الخلاف في اشتراط ذلك بالقربة ، كما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى
لكن الهبة هنا عند الأصحاب بمعنى الإبراء من الدين ، فلا يشترط فيها القبض
ولا يجزى فيها الاشكال المتقدم ذكره ، ويدل على ذلك الخبر الثالث والعاشر ،
وما اشتمل عليه الخبر العاشر من الرجوع بعد الهبة ، فانما وقع في حكاية كلام
السائل ، فلا ينافي ما دل عليه الخبر الآخر من أنه بعد الهبة ليس له الرجوع ،
وبذلك استدلل الأصحاب على كون الهبة هنا بمعنى الإبراء ، حيث ان الهبة بمجرد
لا يلزم إلا في مواضع مخصوصة يأتي ذكرها ، وليس هذا منها ، فامتناع الرجوع

إنما كان من حيث انه ابراء ، والابراء لازم لارجوع فيه اتفاقاً ، وظاهر الأصحاب أنه لا ينحصر في لفظ ، بل كلما أدى هذا المعنى من لفظ الابراء أو العفو أو الهبة أو الاسقاط أو نحو ذلك ، فانه تحصل به البرائة وفراغ الذمة وقد أطلق عليه لفظ العفو في قوله عز وجل (١) «إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» ، وحيث ان الأصحاب قد اختلفوا في أن الأبراء هل يتوقف صحته على القبول أم لا ؟ والهبة هنا في معنى الأبراء كما عرفت ، اختلفوا في اشتراط القبول فيها ، فكل من أوجه ثمة أوجه هنا ومن لا فلا ، والمشهور بين الأصحاب العدم ، ونقل في المختلف القول بالاشتراط عن الشيخ في المبسوط وابن زهرة وابن إدريس ، قال : قال الشيخ في المبسوط : قال قوم من شرط صحته قبوله ، وما لم يقبل فالحق ثابت بحاله ، وهو الذي يقوي في نفسي ، إلا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ذكر أن كلام الشيخ في المبسوط هنا مختلف ، ففي أول المسئلة قواه ، وفي آخره قوى القول الآخر قال : فاطلاق جماعة نسبة القول باشتراطه اليه ليس بجيد .

احتج القائلون بعدم الاشتراط بالأصل ، وبأنه اسقاط لا نقل شيء إلى المملك فهو بمنزلة تحرير العبد .

أقول : ويدل عليه ظاهر قوله عز وجل «إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو ، والقبول غير داخل في مسماه قطعاً ، واستدل أيضاً على ذلك بقوله عز وجل (٢) « فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم » حيث اعتبر مجرد الصدقة ولم يعتبر القول وقوله تعالى (٣) : « ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا » فاسقط الدية بمجرد الصدقة ولم يعتبر القبول ، والمراد بالصدقة في الآيتين الابراء .

(١) سورة البقرة - الآية ٢٣٧ .

(٢) سورة البقرة - الآية ٢٨٠ .

(٣) سورة النساء - الآية ٩٢ .

واعترض في المسالك على الاستدلال في الآيتين المذكورتين بأن الصدقة كما تقدم من العقود المفترقة إلى القبول اجماعاً ، فدالتهما على اعتباره أولى من عدمه . أقول : الظاهر من كلام المفسرين وهو ظاهر الآيتين المذكورتين إنما هو الإبراء ، والعفو عما يستحقونه ، احتج القائلون بالاشتراط باشتغال الإبراء على الهبة ، فلا يجبر على تحملها ، وقبولها كهبة العين ، ولولم يعتبر القبول فتحملها جبراً .

وأجيب عنه بالفرق بين هبة العين وهبة الدين ، فإن الأول تمليك ، والثاني إسقاط ، فاعتبر القبول في الأول دون الثاني ، وتوضيحه أن الهبة لما كانت هنا بمعنى الإبراء كما عرفت ، ومن الظاهر أن الإبراء لا يتعلق بالعيان ، فإنه لو أبرأ مالك الوديعة الودعي منها لم يملكها ولو قبل ، وكذا لو أسقط حقه من عين مملوكة لم تخرج بذلك عن ملكه ، بخلاف الدين ، فإنه قابل لذلك ، فإنه ليس شيئاً موجوداً ، فكان أشبه بالعتق .

وأما ما ذكره من اشتغال الإبراء على الهبة ، ففيه أنه لا يخفى أن إسقاط الإنسان حق نفسه باختيار ، من غير طلب من عليه الحق واستدعائه ذلك لا يظهر فيه منة ، بثقل تحملها على من عليه الحق ، بخلاف هبة العيان المتوقفة على القبول والقبض ونحو ذلك مما يشترط في صحة العقود ، مما هو ظاهر في الحرص على التملك الموجب للمنة غالباً ، والله العالم .

الثاني : لاختلاف بين الأصحاب في اشتراط القبض في الهبة في الجملة ، وإنما الخلاف في كونه شرطاً في الصحة أو اللزوم ؟ فالمشهور بين المتأخرين الأول ، ونقله في المختلف عن أبي الصلاح ونقله ابن إدريس عن أكثر علمائنا ، وذهب الشيخان وابن البراج وابن حمزة وابن إدريس والعلامة في المختلف إلى الثاني . ويظهر الخلاف في مواضع ، منها النماء المتخلل بين العقد والقبض ، فإنه يكون للواهب على الأول ، وللمتهدب على الثاني .

ومنها ما لومات الواهب قبل الاقباض ، فانها تبطل على الاول ، ويتخير الوارث بين الاقباض وعدمه على الثاني .

ومنها فطرة المملوك الموهوب قبل الهلال ولم يقبضه الا بعده ، فانها على الواهب على الاول ، وعلى الموهوب له على الثاني .

ومنها نفقة الحيوان في المدة المتخللة ، وأنت خير بأن الأخبار في هذا المقام لا تخلو من اختلاف ، فمما يدل على القول الأول الخبر الثامن ، حيث صرح فيه بأنها بعد الموت وقبل القبض ترجع ميراثاً ، وهو ظاهر في بطلانها قبل القبض . ولو كانت صحيحة كما هو القول الآخر لكان الحكم تخير الوارث بين الاقباض قتلزم وعدمه ، والخبر الرابع عشر لدلالته على أن الهبة لا تكون هبة أبداً الا بالقبض ، ومفهومه أنها بدون هبة لا تكون هبة وهو أظهر ظاهر في البطلان بدون القبض .

واستدل القائلون بهذا القول زيادة على الخبرين المذكورين بأن الاصل بقاء الملك على مالكه ، وعدم تأثير العقد في مقتضاه ، خرج منه ما بعد القبض بالاجماع ، فيبقى الباقي .

وأجاب عنه الآخرون بارتفاع الأصل بطرو السبب الناقل ، وعموم الامر (١) « بالوفاء بالعقد » يمنع تأثيره بقبضه مطلقاً ، وأجابوا عن الرواية الاولى بضعف السند ، وعن الثانية بأنه لا يجوز حملها على ظاهرها ، والا لزم التناقض ، بل المراد أن الهبة لا تكون هبة لازمة أبداً حتى يقبض ، وهو أولى من اضمار الصحة ، فان ما ليس بصحيح كالمعدوم ، ومما يدل على القول الثاني الخبر السابع عشر ، وهو مع صحته ظاهر بل صريح في صحة الهبة قبل القبض ، لأن المراد بالجواز في هذا الباب وما تقدمه للزوم في أكثر الأخبار ، ولكن وجه الجمع بين هذا الخبر وغيره يقتضي الحمل على الصحة ، واحتجوا على ذلك زيادة على الرواية بأنه عقد يقتضي التملك ، فلا يشترط في صحته القبض ، كغيره من العقود ، ولعموم

(١) سورة المائدة - الآية ١ .

الأمر بالوفاء بها المقتضى له ، ولأنه تبرع كالوصية ، فلا يعتبر فيها أيضاً .
واعترضه في المسالك فقال : ويمكن أن يقال : ان العقود منها ما يقتضى الملك ، ومنها ما لا يقتضيه بدون القبض ، وقد تقدم منه الوقف ، فيكون أعم ، والمراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها من لزوم وجواز وغيرهما ، فلا يبدل على المطلوب ، وكذلك مطلق التبرع أعم مما لا يعتبر فيه القبض ، والحاقة بالوصية قياس ، واجاب عن الرواية بأن اطلاق الهبة على غير المقبوضة أعم من الحقيقة ، وجاز أن يكون مجازاً تسمية للشيء باسم ما يؤل إليه على تقدير لحوقه ، أو اطلاقاً لاسم المجموع على بعض الأجزاء ، فان الايجاب والقبول أعظم أجزاء السبب التام في تحققها ، ومطلق جوازها لاتزاع فيه ، انتهى وهو مؤذن باختياره القول الأول .

أقول : ما أجاب به عن تلك الوجوه غير بعيد ، وان أمكن المناقشة في بعضه ، وأما ما أجاب به عن الرواية فهو في غاية البعد ، ولوقامت أمثال هذه الاحتمالات لانسدت أبواب الاستدلالات ، على أنه أولاً لا معنى للحكم بالجواز عليها الذي هو بمعنى الصحة أو اللزوم كما عرفت ، والحال أنها ليست بهبة حقيقة ، وإنما أطلق عليها مجازاً ، والا للزم الحكم بالصحة في كل ما أعطى وان لم يكن هبة بمجرد ارتكاب التجوز فيه ، وهو لا يقول به .

وثانياً ان اللزوم من كلامه استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه ، وهم لا يقولون به ، لأن قوله ^{اللفظ} الهبة جائزة قبضت أولم تقبض ، قد أطلق فيه الهبة على كل من المقبوضة ، وغير المقبوضة ، وهي عنده ليست بهبة حقيقية ، فقد استعمل ^{اللفظ} لفظ الهبة في كل من حقيقته ومجازه .

وثالثاً أن مقابلتها بالنحل وأنها لا يجوز حتى يقبض ، بمعنى أنه يشترط في صحتها أولزومها القبض ، أظهر ظاهر في أن المراد بالهبة في صدر الخبر هو ما يسمى هبة حقيقة لا مجازاً ، والا فإن هذا الفرد المجازي الذي ادعاه حكمه حكم النحل

من أنه لا يجوز ولا يصح أو يلزم حتى يقبض ، فأى معنى لهذه المقابلة بينهما .
وبالجملة فإنى لا أعرف لما ذكره وجهاً وجيهاً ، ولعله لسوء فهمى القاصر ،
وكيف كان فالمسئلة لا تخلو من الاشكال ، لظهور التعارض بين هذه الأخبار وتصادم
التأويلات من الجانبين ، وان كان القول الثانى لا يخلو من قوة ، وقد تقدمت الإشارة
إلى دلالة الخبر الثانى عشر فى ذلك .

قال فى الدروس بعد نقل القولين المتقدمين : والروايات متعارضة ، ثم قال
ولعل الأصحاب ارادوا بال لزوم الصحة ، فان فى كلامهم اشعاراً بما به ، فان الشيخ قال
لا يحصل الملك الا بالقبض ، وليس كاشفاً من حصوله بالعقد ، مع أنه قائل بأن الواهب
لومات لم تبطل الهبة ، فيرتفع الخلاف ، انتهى .

واعترضه فى المسالك قال : وفيه نظر ، لمنع تعارض الروايات على ما قد
سمعت ، فان الجمع بينهما ممكن ، واردة جميع الأصحاب من اللزوم الصحة غير
واضح فان العلامة فى المختلف نقل القولين واحتج لهما ، ثم اختار الثانى فكيف
يحمل على الآخر ، نعم كلام الشيخ الذى نقله متناقض ، وليس حجة على النافين
فان الخلاف متحقق .

أقول : ما ذكره من منع تعارض الروايات ان كان بالنظر الى تأويله الخبر
الذى هو مستند القائلين بالقول الثانى فقد عرفت ما فيه ، فان تأويله فى غاية
البعد كما أوضحناه ، وان كان غير ذلك فليس فى كلامه ما يدل عليه .

والتحقيق أن التعارض ثابت ، وأوضحناه فى معانى الأخبار المذكورة ، وأما
باقى ما ذكره فهو جيد ، والعجب هنا من العلامة فى التذكرة حيث قال : الهبة
والهدية والصدقة لا يملكها المتبهد والمهدى اليه والمتصدق عليه بنفس الإيجاب
والقبول اذا كان عيناً إلا بالقبض ، وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا اجمع ، انتهى .
وهو صريح فى دعوى الاجماع على أن القبض شرط فى الصحة ، وهو وان
مؤذناً بصحة ما ادعاه فى الدروس ، إلا أن الخلاف مشهور كما عرفت ، والشيخان

ومن تبعهما ممن تقدم ذكر بعض منهم على القول بأنه شرط في اللزوم ، وقد فرغ الشيخ على الخلاف المذكور فطرة العبد المشتري قبل الهلال مع عدم القبض إلا بعده ، فقال في المسبوط : من وهب لغيره عبداً قبل أن يهلّ شوال فقبل الموهوب له ولم يقبضه حتى هلّ شوال ثم عبضه ، فالفطرة على الموهوب له ، لأن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول ، وليس من شرط انعقادها القبض ، وفي أصحابنا من يقول القبض شرط في صحة الهبة ، فعلى هذا لفطرة عليه ، وتلزم الفطرة الواهب ، انتهى ملخصاً ، فانظر إلى صراحته في الخلاف وصراحته في اختيار القول بحصول الملك بمجرد العقد من غير توقف على القبض ، وهو (قدس سره) في المختلف قد وافق الشيخ في هذه المقالة ، واحتج بما ذكره الشيخ ، وبذلك يظهر لك عدم الوثوق بهذه الاجماع المتناقلة في كلامهم ، والمتكاثرة الدوران على رؤوس أقلامهم .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن في المقام اشكالا لم أفق على من تنبه له ، وهو أن مقتضى القول بكون القبض شرطاً في اللزوم لافي الصحة ، هو أن الهبة بدون القبض تكون صحيحة غير لازمة ، وبالقَبْض تكون لازمة ، بمعنى أنه لا يجوز الرجوع فيها ، إذ المتبادر من اللزوم هو ذلك ، مع أنه كما سيأتي ان شاء الله تعالى ذكره ان الأمر ليس كذلك حيث انهم عدوا المواضع التي لا يجوز الرجوع فيها ، وحسروها في مواضع مخصوصة ، وان كان على خلاف في بعضها ، وليس هذا منها ، وصرحوا بأنه لا خلاف في جواز الرجوع فيما عداها ، ومن صرح بذلك المحدث الكاشاني في المفاتيح ، لما فهمه من كلامهم ، فقال بعد عدة المواضع المشار إليها ما لفظه : وفي غير ما ذكر يجوز له الرجوع مطلقاً بلا خلاف ، كما في الصحاح المستفيضة ، ثم نقل ما يخالفها ، وحمله على الكراهة ، والاشكال كما ترى ظاهر ، ولا مخرج من هذا الاشكال الا بما ذكره في التذكرة ، وأشار إليه في الدروس مما يرجع إلى حمل اللزوم على الصحة ، الا أنك قد عرفت ما فيه ، وبالجمله فان كلامهم في هذا المقام لا يخلو من تشويش واضطراب كما لا يخفى على ذوي الألفهام والألباب ، والله العالم

تمبيهات :

الاول : لومات المتهب بعد العقد وقبل القبض ، فالظاهر أنه كموت الواهب في التفريع على القولين المتقدمين ، فان قلنا ان القبض شرط في الصحة بطلت الهبة في الموضوعين ، وصار الموهوب ميراثاً لورثة الواهب ، وان قلنا بالقول الأخير تخير الواهب في الاقباض وعدمه في موت المتهب ، وتخير وارثه في ذلك في موت الواهب ، صرح بذلك في التذكرة وأكثر الأصحاب لم يذكروا إلا موت الواهب .

واستدل في المسالك على البطلان بموت الواهب - حيث انه المفروض في عبارة المصنف بمرسلة أبان ، ورواية داود بن الحصين المتقدمين - ثم طعن فيهما بضعف السند ، ومورد الخبرين كما ترى انما هو موت الواهب ، ثم نقل عن الشيخ في المبسوط الخلاف في ذلك ، حيث انه قال لا تبطل الهبة ، وتقوم الورثة مقامه كالبيع في مدة الخيار ، من حيث ان الهبة عقد يؤل الى اللزوم ، فلا يفسخ بالموت ، وتبعه ابن البراج على ذلك ، مع أن الشيخ قال في هبة ذى الرحم : اذا مات قبل قبضها كان ميراثاً ، وقال : ان الملك لا يحصل الا بالقبض ، وليس كاشفاً عن حصوله بالعقد ، ثم أورد عليه التناقض بين كلاميه .

أقول : كلام الشيخ الأول مبني على مذهبه الذي قد منقلبه عنه من أن القبض شرط في اللزوم لافي الصحة ، إلا أنه ناقضه بكلامه الأخير ، وهذا هو ما قدمت الاشارة اليه في تمسك صاحب الدروس به في رفع الخلاف من البين .

ثم انه قال في المسالك : ولا فرق مع موته قبل القبض بين اذنه فيه قبله وعدمه ، لبطلان الاذن بالموت ، وفي معناه ما لو أرسل هدية الى انسان فمات المهدي أو المهدي اليه قبل وصولها ، فليس للرسول دفعها حينئذ الى المهدي اليه ، ولا الى ورثته لبطلان الهدية بالموت قبل القبض كالهبة ، انتهى .

الثاني : قالوا : لو أقر الواهب بالهبة والاقباض حكم عليه باقراره ، وان كانت الهبة في يد الواهب ، ولو أنكر بعد ذلك لم يقبل ، لعدم (١) اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، وكونها في يده لا يستلزم عدم الاقباض بعد اعترافه ، لا مكان رجوعها اليه بعد ذلك ، الا أن يعلم كذبه في اخباره الاول ، كقطر الوقت الذي يسع القبض والرد ونحو ذلك .

الثالث : قد صرحوا بأنه لا بد من اذن الواهب في صحة القبض ، فلو قبض الموهوب الهبة بغير اذنه لم ينتقل اليه ، وفي المسالك أنه لا خلاف فيه عندنا .

أقول : والوجه فيه واضح ، وهو أن الاقباض غير واجب على الواهب ، لعدم الاستحقاق الشرعي حيث ان مجرد العقد غير موجب للنقل البتة فانه من العقود ، ولزومه مراعى بالأسباب المخصوصة الآتي تفصيلها ان شاء الله تعالى وحينئذ فلو قبضه بغير اذن فهو محرم بلاريب ، والظاهر كما هو المشهور أنه لا يعتبر في القبض كون الاذن بنيت الهبة ، فلو أذن فيه مطلقاً صح ، خلافاً لبعضهم حيث اعتبر وقوعه للهبة أو الاذن فيه فان ذلك هو المقصود ، وحيث كان مطلق القبض صالحاً لها ولغيرها فلا بد من مايز وهو القصد ، قال في المسالك بعد نقل ذلك : « وهو حسن » ، حيث يصرح بكون القبض لا لها ، لعدم تحقق القبض المعتبر فيها ، أما لو أطلق فلا كفاءة به أجود ، لصدق اسم القبض وصلاحيته للهبة ودلالة القرائن عليه بخلاف ما لو صرح بالمصارف ، انتهى وهو جيد .

الرابع : الأشهر الأظهر أنه لو دهبه في يد الموهوب ، فانه لا يحتاج الى اذن في القبض ، ولا مضى زمان يمكن القبض ، ولا فرق في ذلك بين كون ذلك بيده بوجه شرعي كالعمارية والوديعة او لا كالغصب .

أما الاول فلصدق القبض وحصوله في كل من الجانبين ، فانه مستصحب ، وإيجاب العقد المقتضي لاقرا ريد على العين رضاً منه ، واذن بالقبض .

وأما الثاني فإنه حيث لا يفتقر إلى قبض ولا إذن جديد في القبض لا يفتقر إلى مضي زمان يمكن فيه القبض ، لأن الافتقار إلى الزمان تابع للقبض ، حيث أنه من ضرورياته ولوازمه ، فيعتبر حيث يعتبر ، وقد عرفت أنه لا يفتقر إلى قبض جديد وإذا لم يعتبر المتبوع سقط اعتبار التابع ، وبه يظهر أن ما صار إليه بعضهم من أنه يفتقر إلى مضي زمان يمكن فيه القبض - كما نقل عن الشيخ في المبسوط أو إلى إذن جديد ومضي زمان - فإنه لا وجه له ، وأصالة عدم أقوى دليل في المقام .

الخامس : لو وهب الأب أو الجد لولده الصغير مالهو بيدهما لم يفتقر إلى قبض جديد لأن قبض الولي قبض عنه ، ولا يفتقر أيضاً إلى مضي زمان يمكن فيه القبض لعين ما تقدم في سابق هذا الموضع ، وقد تقدم في أخبار الصدقة على الولد أن قبض الأب والجد عن الصغير كاف في صحة الصدقة ، ففي رواية السكوني (١) « وان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لأن والده هو الذي يلي أمره » . وبالجمله فإن الحكم لا اشكال فيه ولا خلاف نصاً وفتوى فيما أعلم ، فإن القبض السابق على الهبة كاف عن القبض الطاري بعدها ، وأيدوه بان اليد المستدامة أقوى من اليد المبتدأة

بقي الكلام هنا في مواضع : أحدها - انا قأشرنا سابقاً إلى أن محل البحث فيما لو وهب الأب أو الجد مالهو في يدهما ، وأما لو لم يكن كذلك بأن يكون ملكهما ، ولكنه في يدهما ، فقد صرح الأصحاب بأنه يفتقر إلى قبض جديد كغيره ، وفرضوا ذلك فيمن اشترى شيئاً ولم يقبضه فإن الملك يتم بالعقد وإن لم يقبضه ، ويجوز نقله بالهبة ونحوها ، وإن امتنع ببيعته على بعض الوجوه كما تقدم في كتاب البيع في مسألة بيع ما لم يقبض ، ويمكن أيضاً فرض ذلك في مال ورثة الأب أو الجد ، وهو تحت يد الغير ، ولم يتمكن من قبضه ، وفيما غصب منه

(١) الكافي ج ٧ ص ٣١ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٥ ح ٥٦٩ وفيهما عن محمد بن مسلم ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٦٣٩ عن عبيد بن زرارة ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ١ و ص ٢٩٩ ح ٥ .

وفيما آجره لغيره قبل الهبة .

أما الودعة فانهم صرحوا بانه لا يخرج بها عن يد المالك ، لان يد المستودع كيده ، قالوا : وفي العارية وجهان : أجودهما خروجه بها عن يده ، فيفتقر الى قبض جديد من الولي أو من يوكله فيه ، ولو وكل المستعير كفى .

وثانيها أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمحض القبض لها ، الظاهر تفريع ذلك على ما تقدم في التنبيه الثالث ، فعلى ما ذكره السلامة (رحمة الله عليه) من أن مطلق القبض صالح للهبة وغيرها فلا بد من مايز ، وهو القصد للهبة يأتي أن هنا كذلك ، لأن المال المقبوض بيد الولي ، فلا ينصرف الى الطفل إلا بصارف وهو القصد ، وعلى ما ذكره في المسالك وهو الأظهر كما تقدمت الاشارة اليه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا ، وينصرف الاطلاق الى قبض الهبة وتلزم الهبة بذلك .

وثالثها ان المشهور في كلام الأصحاب اختصاص هذا الحكم بالولد الصغير ، وأما لو كان بالغاً رشيداً ذكراً وأنثى فانه لا بد من قبضه ، وعليه تدل الأخبار .

وقال ابن الجنيدي في كتابه الأحمدى : وهبة الأب لولده الصغار وبناته الذين لم يخرجوا عن حجابهم ، وان كن بالغات تأمة ، وان لم يخرجها عن يده ، لأن قبضه قبض لهم ، انتهى .

والحاقه البنات في الحجاب بالأولاد الصغار ، قياس محض ، وقياسه على النكاح ممنوع مع وجود الفارق ، وبالجمله فهو قول نادر لا يعاب به .

ورابعها - أنه لو كان الواهب للصغير غير الأب والجدة ، فانه لا خلاف في أنه لا بد من القبض عنه ، ويتولى ذلك الأب أو الجد أو الوصي أو الحاكم او من يعينه ، وانما الخلاف في أنه للصغير ولي شرعي غير الأب والجد كالوصي فهل يتولى القبض له ؟ أم يرجع الأمر الى الحاكم ؟ الذي صرح به الشيخ في المبسوط وتبعه عليه جمع منهم المحقق في الشرايع الثاني ، فانهم ألحقوا الوصي هنا بغير

الولي من الأجانب ، واحتج في المبسوط بأنه لا يصح أن يبيع من الصبي شيئاً أو يشتري عنه ، قال : وينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبي ، فإذا قبلها صحت الهبة ، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه والوجه التسوية بينه وبين الأب لأن له أن يقبل هبة غيره ، فكذلك يقبل هبة نفسه ، لعموم ولايته ، فلا وجه لاختصاصها بغيره ، والجواب عما احتج به ، المنع من حكم الأصل ، فإن له أن يبيع ويقبل الشراء وأيضاً الفرق فإن المعاوضة قد يحصل بها التغاين ، أما الهبة فإنها عطية محضة ، فكانت المصلحة فيها ظاهرة ، انتهى وهو جيد .

السادس : لاختلاف ولا اشكال في جواز هبة المشاع كغيره ، ويدل على ذلك ما رواه في الكافي عن أحمد بن عمر الحلبي عن أبيه (١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ؟ قال : يجوز قلت : أرايت ان كانت هبة ؟ قال : يجوز » .

وقبضه كالقبض في البيع ، فإن اكتفينا بمجرد التخلية مطلقاً كما هو أحد القولين فلا اشكال ، وإن اعتبرنا الفرق بين المنقول وغير المنقول فتختص التخلية بغير المنقول ، فلا بد في المنقول من النقل ، ليتحقق قبض الحصة الموهوبة ، فإن كان الشريك هو الواهب ، فاقباضه بتسليم الجميع للمتهب ، ليتحقق القبض ، وإن كان الشريك غيره ، توقف تسليم الكل على إذن الشريك ، فإما أن يرضى بذلك أو يوكل المتهب الشريك على القبض عنه ، فإن تعاسرا رفع إلى الحاكم ، فينصب أميناً يقبض الجميع نصيب الهبة ، والباقي أمانة حتى يتم العقد ، هذا هو المشهور ، وبه قال في المبسوط ، وتبعه الأكثر ، وقال العلامة في المختلف في ضرورة التعاسر : والوجه عندي جعل القبض هنا التخلية ، لأنه مما يمكن نقله وتحويله ، فإنه لا فرق بين عدم الامكان المستند إلى عدم القدرة الحسية ، أو عدم القدرة الشرعية ، وهو أولى من التحكم في مال الشريك ، بغير اختياره .

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٤ ، الرسائل ج ١٣ ص ٣٤٥ الباب ١٢ .

واعترضه في المسالك بأن فيه منع عدم القدرة الشرعية ، حيث يوجد
الحاكم المجبراً ما مع عدمه فلا بأس به دفعاً للضرورة والعسر ، انتهى ،
وقد سبقه إلى ذلك شيخنا الشهيد في الدروس كما سيأتي ذكره ان شاء الله
تعالى ، ونقل في المسالك عن شيخنا الشهيد في الدروس قولاً آخر ، قال : وبالنسبة
لشيخنا في الدروس فاشتراط اذن الشريك في القبض مطلقاً ، حتى لو اكتفينا
بالتخلية ، نظراً إلى أن المراد منها رفع يد المالك وتسليم القبض على العين ،
وذلك لا يتحقق الا بالتصرف في مال الشريك ، فيعتبر اذنه ورفع المانع عن حصة
المالك خاصة مع الاشاعة لا يحصل به التسلط على الغير الذي هو المقصود من
القبض ، وقبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقة بالحكم ، ومن ثم لو كانت العين
مقبوضة بيد متسلط لم تكف التخلية من المالك وتسليمه عليها ، مع وجود المانع
من التسليم ، وله وجه حسن ، وان كان الأشهر الأول .

أقول : لم أقف على هذا الكلام في الكتاب المذكور في باب الهبة واحتمال
كونه في غيره بعيد ، والذي ذكره في باب الهبة موافق لما عليه الجماعة ، قال :
وقبض المشاع يعتبر فيه اذن الشريك وان كان غير منقول ، فلو وكل المتهب
الشريك في القبض صح ، وان تعاسر نصب الحاكم أميناً يقبض الجميع نصفه أمانة
للمتهب ، وفي المبسوط غير المنقول تكفي فيه التخلية عن اذن الشريك ، وفي
المختلف تكفي فيه التخلية في المنقول أيضاً وهو مفارقة لقاعدته في القبض ،
واعتذاره بأن عدم القدرة شرعاً ملحقه بغير المنقول ممنوع ، لانا فتكلم على
تقدير التمكن من الحاكم ، أما مع عدم التمكن منه فانه حسن ، انتهى .

وهو موافق لما في المبسوط الا في غير المنقول فان الشيخ في المبسوط اكتفى
فيه بالتخلية عن اذن الشريك ، وهو اعتبر الاذن ، ولم يكتف بالتخلية ، وأما مع
التعاسر فهو موافق لما ذكره الشيخ .

وأما ما ذكره في المسالك من هذا الكلام بطوله فلا وجود له اللهم إلا أن

يكون هذا التعليل الطويل أعني قوله « نظراً إلى أن المراد منها » إلى آخر الكلام من كلام صاحب المسالك ، تعليلاً له لما نقله عن الدروس ، وأن الحكم مع عدم الاذن هو ما ذكره مما نقلناه عنه فيزول الاشكال لكنه لا يخلو من بعد .

وكيف كان فالظاهر هو ما ذكره الشيخ وأكثر الجماعة ، قال في المسالك :
وحيث يعتبر اذن الشريك فقبض المتهب بدونه وما في حكمه يقع لاغياً ، لا للنهي ،
فانه لا يقتضي الفساد في غير العباد ، بل لأن القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مراداً للشارع ، فإذا وقع منهياً عنه لم يعتد به شرعاً فيختل ركن العقد وقد عرفت أنه قبض واحد لا يقبل التفرقة في الحكم ، يجعل القبض للموهوب معتبراً والنهي عن حق الغير الخارج عن حقيقة الموهوب ، انتهى .

أقول : قد سلف هنا ومن هذا القائل تحقيق في أن قولهم النهي لا يقتضي الفساد في غير العباد ليس على إطلاقه ، بل قد يقتضي الفساد في غير العباد لما قدمناه من التفصيل بأن النهي ان توجه إلى ذات الشيء وعدم صلاحه لترتب الحكم الشرعي عليه كالنهي عن بيع العذرة لعدم صلاحيتها للنقل ، والنهي عن نكاح المحارم ونحو ذلك ، فانه يقتضي الفساد بلا اشكال ، وان توجه إلى أمر خارج كالبيع وقت النداء يوم الجمعة لم يقتض الفساد ، وانما يقتضي الاثم خاصة ، والظاهر أن ما نحن فيه من القسم الأول ، فإن النهي للمتهب عن قبض المشترك بغير اذن المالك للمتهب إنما هو من حيث عدم صلاحيته وقابليته للانتقال ، لا من حيث أمر خارج فلا حاجة إلى ما تكلفه (قدس سره) مع أنه لا يخلو من المناقشة ، فانه لو تم لأمكن اجراؤه في سائر المعاملات ، وعدم ارادة الشارع غاية ما يقتضيه الاثم بالمخالفة ، كما لا يخفى والله العالم .

السابع : لو وهب اثنين شيئاً فقبلاً وقبضاً فلا اشكال في الصحة ، لاستجماع شرائطها ولو قبل أحدهما وقبض ، وامتنع الآخر صحت الهبة بالنسبة إلى القابل ، وبطلت بالنسبة إلى الآخر ، لحصول شرائط الصحة في الأول دون الثاني ، وربما

يقال : انه عقد واحد لا يتعبد ، فان قبلا وقبضا صح ، والا فلا ، لأننا نقول : وان كان بصورة عقد واحد الا أنه بتعدد الموهوب في قوة عقدين ، ونظيره مالو اشتريا دفعة واحدة ، فان لكل واحد منهما حكم نفسه في الخيار ونحوه ، كما تقدم في كتاب البيع ، والله العالم .

الموضع الثالث : لا خلاف ولا اشكال في جواز تفضيل بعض الولد وان كان على كراهة عند الأصحاب ، إلا ما نقل عن ظاهر ابن الجنيدي من التحريم إلا مع المزية .

قال في المسالك : أما جواز التفضل في الجملة فهو المشهور بين الأصحاب وغيرهم ، ويشهد له (١) « ان الناس مسلطون على أموالهم » ويظهر من ابن الجنيدي التحريم إلا مع المزية ، والتعديدية إلى باقي الأقارب مع التساوي في القرب ، والوجه الكراهة المؤكدة لقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (٢) « سوا بين أولادكم في العطية ، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت البنات ، وان التفضيل يورث العداوة والشحناء بين الأولاد كما هو الواقع شاهداً وغابراً » ولدلالة ذلك على رغبة الأب في المفضل المثير للحسد المفضي إلى قطيعة الرحم ، وقد روى أن النعمان بن بشير (٣) أنى أبوه إلى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فقال : اني نحلته ابني هذا غلاماً فقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) : أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا : فقال : اردده ، وفي رواية أخرى (٤) « ان النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قال له : أتحب أن يكونوا لك في البر سواء ؟ فقال : نعم فارجه ، قال وفي حديث آخر (٥) عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) انه قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً أكل ولدك أعطيته مثله قال : لا ، قال : فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم فرجع في تلك العطية » وفي رواية أخرى « لا تشهدني على جور » .

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ الطبع الحديث .

(٢) المسند لآحمد بن حنبل ج ٤ ص ٣٧٥ .

(٣) و (٤) و (٥) البخاري كتاب الهبة الباب ١٢ .

وهذه الروايات تصلح حجة لابن الجنيـد والأصحاب حملوها على تقدير سلامة السند على الكراهة جمعاً وقد روى أبو بصير في الصحيح (١) ثم نقل الخبر الحادى والعشرين ثم قال : ولا قائل بمضمونه تفصيلاً غير أن تجويزه العطية مع اليسار مطلقاً حجة المشهور ، ومنعه عنه مع الاعسار مناسب للكراهة ، والحق الفصل حيث يكون عليه دين ونحوه ، وإطلاق النصوص السابقة يقتضى عدم الفرق بين الصحة والمرض ، وحالتى اليسر والعسر ، إلا الحديث الأخير ، فخص النهى بحالة العسر ، وفي رواية سماعه ثم ذكر الخبر العشرين ، ثم قال : وعمل بمضمونها العلامة في المختلف ، وخص الكراهة بالمرض أو الاعسار ، وفي بعض نسخه بهما معاً ، والظاهر أن دلالة الخبرين على الأول أوضح ، والأقوى عموم الكراهة بجميع الأحوال ، وتأكيدها مع المرض والاعسار اعمالاً بجميع الأدلة ، لعدم المنافات انتهى .

وعلى هذا النهج كلام غيره من الأصحاب وأنت خير بأن ما قدمه من الأخبار عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) الظاهر أنه من أخبار العامة ورواياتهم ، كما يشهد به سياقها ، لعدم وجود شيء منها في كتب أخبارنا ، وإنما الموجود فيها ما يخالف هذه الأخبار ، ويناقضها من جواز التفصيل ، وهي متكاثرة بذلك . فمنها ما رواه في الكافي والفتاوى عن محمد بن قيس (٢) في الحسن « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض ؟ قال : نعم ونسائه » . ومارواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن حريز عن محمد بن مسلم (٣) « عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سأله عن الرجل يكون له الولد من غير أم أيفضل بعضهم على بعض ؟ فقال : لا بأس ، قال : حريز وحدثني معاوية وأبو كهـمس انهما سمعا

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١١٤ ح ٤٩٥ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٣٤٣ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٩ ح ٧٩٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٤ ح ٢ و ٣ .

أبا عبد الله عليه السلام يقول : صنع ذلك علي عليه السلام بآبائه الحسن وفعل ذلك الحسين بآبائه علي وفعل ذلك أبي بي ، وفعلته أنا .

وعن اسماعيل بن عبد الخالق (١) في الصحيح « قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : في الرجل يخلص ولده ببعض ماله فقال : لأبأس بذلك . »

ومارواه في الكافي في الصحيح عن سعد بن سعد الأشعري (٢) « قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يكون بعض ولده أحب إليه من بعض ويقدم بعض ولده على بعض ؟ فقال : نعم قد فعل ذلك أبو عبد الله عليه السلام نحل محمداً وفعل ذلك أبو الحسن عليه السلام نحل أحمد شيئاً ففقت أنا به حتى حزته له ، فقلت : جعلت فداك الرجل يكون بناؤه أحب إليه من بنيه ؟ فقال : البنات والبنون في ذلك سواء ، إنما هو بقدر ما ينزلهم الله عز وجل منه . »

قوله عليه السلام « ففقت أنا به » أي توليته له ، وكان أحمد كان صغيراً ، وقوله « إنما هو بقدر ما ينزلهم الله » أي المحبة التي يقع في قلبه إنما هي من الله تعالى فيقدر ما يجعل الله لهم في قلبه يجعل المحبة ذكوراً أم إناثاً .

ومارواه في الفقيه عن رفاة (٣) عن أبي الحسن عليه السلام « قال : سألت عن الرجل يكون لهم بنون وأمههم لست بواحدة يفضل أحدهم على الآخر ؟ قال : لأبأس به ، وقد كان يفضلني علي عبد الله . »

أقول : وهذه الروايات مع كثرتها وصحتها قد انفقت على جواز التفضل من غير إشارة في شيء منها على الكراهة ، فضلاً عن التصريح ، وقد فعلوه عليه السلام بمن كان ممن يستحق التفضيل ومن لا يستحقه ، وبذلك يظهر لك أن جميع ما أطال به (قدس سره) من تلك الأخبار العامة والتعليقات العقلية كله تطويل بغير طائل .

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٤ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥١ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١١٤ ح ٣٩٢ ، الوسائل

ج ١٥ ص ٢٠٣ الباب ٩١ ح ١ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣١١ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠٤ ح ٢ .

وليت شعري كيف غفلوا جميعاً عن هذه الأخبار وهي في الكتب الأربعة التي يتداولونها حتى التجاؤا الى هذه الأخبار العامة ، والعجب هنا من صاحب المفاتيح حيث تبع صاحب المسالك فيما نقلناه عنه ، وغفل أيضاً عن هذه الأخبار كما لا يخفى على من راجعه .

نعم روى في الفقيه عن السكوني (١) « قال : وفي رواية السكوني قال : نظر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الى رجل له ابنان فقبل أحدهما وترك الآخر فقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) : فهلا واسيت بينهما » وربما يتوهم متوهم تخصيص الأخبار المتقدمة بهذا ، وهو باطل بل الأظهر حملة على التقية ، فان راويه عامي مع أنه لم يسنده الى الامام عليه السلام وقد عرفت دلالة روايات العامة على ما دل عليه .

وأما مارواه العياشي في تفسيره عن مسعدة بن صدقة (٢) « قال : قال جعفر بن محمد عليه السلام قال والذي : والله اني لاصانع بعض ولدي وأجلسه على فخذي وأكثر له المحبة ، وأكثر له الشكر ، وان الحق لغيره من ولدي ، ولكن محافظة عليه منه ومن غيره ، لئلا يصنعوا به ما فعل بيوسف واخوته وما أنزل الله سورة يوسف إلا امثالاً لكيلا يحسد بعضنا بعضاً كما حسد يوسف اخوته ، وبغوا عليه فجعلها رحمة على من تولانا ، ودان بحبنا ، وجحد أعدائنا ، على من نصب لنا الحرب والعداوة ، فغاية ما يدل عليه أنه عليه السلام كان يظهر التفضيل لبعض ولده ، فضايقه لدفع شره عن الامام القائم بعده ، وهذا بما يدعيه أنسب ، والى ما اخترناه أقرب ، ومرجه الى أن التفضيل قد يكون على جهة الاستحقاق ، أو المضايقة ، فلا منافاة فيه لما ذكرناه .

بقي الكلام في الخبرين المتقدمين الدال أحدهما على التفضيل بين الصحة والمرض ، وأنه يعطى في حال الصحة دون المرض ، والخبر الدال على التفضيل بين اليسر

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣١١ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠٤ ح ٣ .

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٦٢٦ الباب ٦٧ ح ٣ ، العياشي ج ٢ ص ١٦٦ ح ٢ .

والعسر : فيخص بعض ولده مع اليسر دون العسر ، مع أن اطلاق الأخبار المتقدمة يقتضى عدم الفرق ، وأنت خير بأنهما لا يبلغان قوة المعارضة لما قدمناه من الأخبار الصحيحة الصريحة في الجواز مطلقا .

وأما وصفه في المسالك لرواية أبي بصير (١) بالصحة فهو خلاف المعهود منه ومن غيره من أرباب هذا الاصطلاح حيث إن أبا بصير مشترك ، ولا قرينة تدل على الثقة منهما ، والآخر الضرير إنما يعدون خبره في الضعيف ، على أن الظاهر أن رواية سماعة لا منافاة فيها ، وذلك فإن ظاهرهما إنما هو السؤال من عطية الوالد لولده ، وإن كان واحداً وليس فيها تعرض للتفضيل الذي هو البحث بوجه ، فاجاب ^{عليه} بأنه في حال الصحة جائز ، لأنه ماله يصنع فيه ما أراد ، وأما في حال المرض فلا ، والمنع من ذلك في حال المرض مطلقاً لا قائل به ، ولا يوافق مقتضى القواعد الشرعية ، فلا بد على أن يكون المنع باعتبار كونه من الأصل ، فالنهي إنما يتوجه الى كونه من الأصل .

وحاصل معنى الخبر أنه في حال الصحة مخرج العطية من الأصل ، وفي حال المرض من الثلث ، لامن الأصل ، كما في حال الصحة وهذه مسألة أخرى لاتعلق لها بماتنحن فيه .

نعم خبر أبي بصير ظاهر في التفضيل لقوله « يخص بعض ولده » ، والظاهر حمله على ما ذكره من كراهية التخصيص مع الاعسار ، لأنه متى خصه وهو معسر فقد حرم الباقي من الميراث ، اذ لا شيء يرثونه .

أما مع يسره وحصول قسط لكل من الباقي من الميراث ، فانه لا يحصل عليهم بتلك الهبة نقص زائد كما في صورة العسر الذي لا شيء بالكلية ، وعلى هذا فيخص الأخبار المتقدمة بهذا الخبر : بمعنى أن التفضيل جائز مطلقاً من غير كراهية ، إلا في صورة اعسار الواهب الموجب لحرمان باقي الأولاد من الميراث ، وهو جمع حسن بين الأخبار والله العالم .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٢ .

الموضع الرابع : المفهوم من كلام جملة من الأصحاب بل ربما ادعى الاجماع عليه كما تقدم الاشارة إليه بأنه يجوز الرجوع بعد القبض الا في مواضع مخصوصة ، قد وقع الاتفاق على بعضها والخلاف في بعض ، كما سيأتى تفصيله ، ان شاء الله تعالى .

والأخبار في أصل المسئلة لا تخلو من اختلاف فمما يدل على جواز الرجوع الخبر الأول ، وهو صحيح صريح في ذلك ، ومفهوم الخبر الثاني ، وهو صحيح أيضاً ، والمفهوم مفهوم شرط لاشكال في حجته عند محقق الأصوليين وعندنا ، للأخبار الكثيرة الدالة على حجته ، كما تقدمت في مقدمات الكتاب في الجلد الأول من كتاب الطهارة (١) ويدل على ذلك أيضاً الخبر الخامس (٢) وهو صحيح ، صريح في ذلك ، والخبر السابع (٣) وهو صحيح صريح في غير المواضع المستثناة فيه ، والخبر الثامن ، ومفهوم الخبر التاسع ، ويدل على ذلك أيضاً قوله عليه السلام في موثقة عبيد بن زرارة (٤) : «ولن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز» وقوله عليه السلام في صحيحة زرارة (٥) المتقدمة في مقصد الصدقة ، «ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه ، ومالم يعط لله وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة ، حيزت أو لم تحز ، ولا يرجع الرجل فيما وهب لامرأته» الحديث ويدل على عدم الخبر الثالث عشر ، والخبر الخامس عشر ، والخبر التاسع عشر .

ورواية جراح المدائني (٦) «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته» .

وأنت خير بأن هذه الروايات الأخيرة تقصر عن معارضة الأخبار الأولى

(١) ج ١ ص ٥٨ .

(٢) ص ٢٠١ .

(٣) ص ٣٠١ .

(٤) و (٥) و (٦) التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٦٢٥ و ص ١٥٢ ح ٦٢٤ ،

الاستبصار ج ٤ ص ١٠٩ ح ٤١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١ و ص ٣٣٩ ح ١

و ص ٣٤٣ ح ٣ .

سنداً وعدداً ودلالة ، وحملها على الكراهة المؤكدة ، كما ذكره جمع من الأصحاب طريق الجمع بين الجميع ، وأما الصور المستثناة من جواز الرجوع فنحن نذكرها مفصلة واحدة واحدة ، وما يتعلق بكل منهما من الأخبار ، وكلام الأصحاب على وجه يزول به غشاوة الشك - ان شاء الله تعالى فيها - والارتياب ، فنقول : الأولى - فيما لو كانت الهبة لذي الرحم ، وقد ادعى المحقق الاجماع على أنه متى كانت الهبة من الابن للأبوين فلا يجوز الرجوع ، وهو مؤذن بالخلاف فيما عداه ، حتى في هبة الأبوين للابن ، مع أن العلامة في المختلف عكس ذلك ، فادعى الاجماع على لزوم هبة الأب لولده ، ولم يذكر الأم ، قال : إذا وهب الأب ولده الصغير أو الكبير وأقبضه لم يكن للأب الرجوع في الهبة اجماعاً ، ولو كانت لغير الولد من ذوى الأرحام للشيخ قولان إلى آخره ، وهو مؤذن بالخلاف فيما ادعى عليه المحقق الاجماع ، الا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك قال : والظاهر أن الاتفاق حاصل على الأمرين الا من المرتضى في الانتصار ، فانه جعلها جائزة مطلقاً ما لم يعوض عنها ، قال : وكأنهم لم يعتدوا بخلافه لشذوذه .

والعجب أنه ادعى اجماع الامامية عليه مع ظهور الاجماع على خلافه ، وعلى ما ذكره شيخنا المذكور ينحصر الخلاف فيما عدا الصورتين المذكورتين ، والأشهر الأظهر اللزوم وعدم جواز الرجوع ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، والشيخ المفيد وسلار وابن البراج ، وقيل : بأن له الرجوع وهو قول الشيخ في المبسوط والتهذيب والسيد المرتضى وابن الجنيد وابن ادریس .

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام مما يدل على القول الأول الخبر الخامس ، وهو صحيح صريح في عدم جواز الرجوع في هبة ذي الرحم ، وهو دال على عدم جواز الرجوع في الصورتين الأوليين من حيث العموم ، وعلى الثالثة بالخصوص ، والخبر السابع وهو أيضاً صحيح السند دال على عدم جواز الرجوع في هبة ذى القربى ، لأن المراد بالجواز هنا اللزوم كما تقدمت الإشارة اليه ، وينادى

بذلك قوله ويرجع في غير ذلك ان شاء ، وحاصل الخبر أنه لا يرجع في الهبة إذا كانت لذي قرابة أو معوضاً عنها ، ويرجع فيماعد ذلك ، والخبر السادس عشر وهو موثق سماعة ، إلا أنه مختص بهبة الولد لأمه ، وقد حكم عليه السلام بأنه ميراث بعد موتها ، وليس للولد الرجوع فيه للزوم الهبة .

ومما يدل على قول الآخر الخبر الثامن حيث صرح فيه «بأن النحل والهبة يرجع فيها حازها أو لم يحزها وان كانت لذي قرابة» والخبر الحادى عشر الا أنه غير صريح ، بل ولا ظاهر في ذلك ، لأن ظاهر تجويزه الرجوع فيما يهب لابنه ، - الا أن يكون صغيراً - أن الرجوع إنما هو من حيث عدم القبض بأن يكون الموهوب بالغاً ولم يقبض ، ولهذا حكم بلزوم الهبة للصغير من حيث ان الأب قابض له ، والخبر الثاني عشر إلا أنه لا يخلو من الاجمال وتعدد الاحتمال ، وأنه يحتمل أن يكون الرجوع إنما هو من حيث كون الهبة غير لازمة ، لأن من شرطها القبض ولم يحصل ، فهي وإن انتقلت إليه بالعقد ، الا أنه انتقال متزلزل مراعى في لزومه بالقبض ، وحينئذ فلم يبق مما يمكن أن يستدل به لهذا القول إلا الخبر الثامن ، وهو يضعف عن معارضة الأخبار الأولية سنداً وعدداً ودلالة ، ومن المحتمل قريباً أن يكون قوله وان كانت لذي قرابة قيداً في قوله «أو لم يحزها» بمعنى أنه إذا لم يحزها فله الرجوع وان كانت لذي قرابة ، وهو معنى صحيح ، وبه يسقط الاستدلال بالخبر المذكور على ما ذكره ، وبما أوضحناه لك في المقام يظهر ضعف ما ذهب إليه في الكفاية من موافقة المرتضى (رضى الله عنه) في عدم لزوم الهبة على ذى الرحم ، والآباء والأبناء .

الثانية - فيما لو تلف بعد القبض سواء كان التلف من جهة الله سبحانه ، أو المتهب ، أو غيرهما ، فانه لا يرجع ، ونقل عن التذكرة دعوى الاجماع على ذلك ، وكأنه لا يعتد بخلاف المرتضى ودعواه على جواز الرجوع إلا مع التعويض . ومما يدل على اللزوم وعدم جواز الرجوع في الصورة المذكورة الخبر

الأول وهو صحيح صريح في المدعى ، قال : في المسالك وفي حكم تلفها تلف بعضها وان قل ، لدلالة الرواية عليه ، فان العين مع تلف جزء منها لاتعد قائمة ، انتهى . وفيه اشكال فان الظاهر أن المراد بقيامها بعينها كما تضمنه الخبر انما هو بمعنى وجودها وعدم تلفها ، فلا يؤثر تلف بعضها خصوصاً مع قلته كاصبع العبد لو قطعت ، فانه لا ينافي قيام العين ووجودها عرفاً ، وبالجمله فان ما ذكره لا يخلو عندي من شوب الاشكال .

الثالثة - فيما لو عوض عنها وان كان العوض قليلاً إذا حصل التراضي ، واللزوم في هذه الصورة اجماعي حتى من المرتضى ، ويدل على ذلك الخبر الثاني وهو صحيح صريح في عدم جواز الرجوع اذا عوض ، والخبر السابع حيث حكم بالانكسار بجواز الهبة الذي هو كما عرفت آنفاً عبارة عن لزومها في صورة ذي القرباة ، والذي يثاب أي يعوض .

قال في المسالك : ولا فرق في العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره ، عملاً بالاطلاق ، ولأنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب ، فيصح بذله عوضاً عن الجملة ، انتهى .

أقول : يمكن أن يقال : ان المتبادر من المعاوضة هو كون أحد العوضين غير الآخر ، ولو تم ما ذكره للزم أنه لو دفعه المتهب بجميعه الى الواهب بعد القبض لصدق المعاوضة ، مع أنه لا يسمى ذلك معاوضة ، فانما يسمى رداً ، ولا فرق بين دفع البعض ودفع الكل ، قوله « لأنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب » مسلم ، لكنه ملك متزلزل لا يلزم إلا باعطاء العوض ونحوه ، من الامور الموجبة للزوم وبالجمله فانه باعطاء بعض الموهوب أوجبيه انما يقال : رده أورد بعضه ولا يقال . أعطى عوضه بهذا هو الظاهر من العرف والاستعمال ، وبه يظهر أن ما ذكره لا يخلو من شوب الاشكال .

نسم ان الظاهر من اطلاق الخبرين المذكورين أنه لا فرق في لزوم الهبة

بالتعويض بين أن يكون قد شرط التعويض في العقد ، أو وقع بعده بأن وقع العقد مطلقاً ، إلا أنه بذل له العوض بعد ذلك وأعطاه إياه ، لكنهم صرحوا بأنه لا يحصل التعويض بمجرد البذل ، بل لابد من قبول الواهب له ، وكون البذل عوضاً عن الموهوب قالوا : لأنه بمنزلة هبة جديدة ، ولا يجب عليه قبولها .

بقي الكلام هنا في أنه لو وهب وأطلق هل يقتضى التعويض أم لا ؟ المشهور الثاني ، وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط : الهبة على ثلاثة أقسام ، هبة لمن فوقه ، وهبة لمن دونه ، وهبة لمن هو مثله ، وكلها يقتضى الثواب عندنا ، ومقتضاه أنه بالهبة يجب على المتهب بذل العوض ، ويلزم وإن لم يطلبه الواهب ، ولا قائل به سواء ، إلا أن أبا الصلاح وافقه في هبة الأدنى للأعلى ، فقال : أنها يقتضى الثواب فيعوض عنها بمثلها ، ولا يجوز التصرف في الهبة ما لم يعوض عنها ، لاقتضاء العرف ذلك .

ورد كل من القولين المذكورين بأن الأصل والعمومات يقتضى خلافه ، وربما حمل كلام الشيخ على جواز الرجوع في الهبة ما لم يشب ، كما لو شرط فيها فيكون المراد أن لزومها إنما يتحقق به ، وإلى هذا يميل كلام العلامة في المختلف في مقام الرد على ابن إدريس انتصاراً للشيخ والحق بعده .

وبالجملة فإن الحكم مع الإطلاق كما هو المشهور هو أن الهبة جائزة من جهة الواهب إلا أن يحصل التعويض بما يتفقان عليه ، ومع الاختلاف يرجع إلى مثل الموهوب أو قيمته ، ولا خلاف في أنه لو شرط الثواب صح ، أطلق أو عين ، وله الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط ، ويدل عليه الخبر السادس (١) فإنه دال على حكم المشروطة بالثواب مطلقاً ، أو معيناً ، وأن للواهب الرجوع إذا لم يف المتهب بالشرط ، وأنه ليس للمتهب مع الشرط التصرف في الجارية حتى يسفي بشرطه ، وفيه دلالة على تخير المتهب بين الوفاء بالشرط ، لتلزم الهبة ، ويجوز له التصرف ، وبين رد الهبة كما هو أحد القولين ، وهو منقول عن الشهيد في الدروس

ج ٢٢ في جواز رجوع الواهب على تقدير عدم وفاء المتهب بالشرط ٣٣١

وجماعه ، وقيل : بلزوم العقد من طرف المتهب ، وانه يجبر على الوفاء بالشرط مطلقاً كان أو معيناً ، هذا القول جار على ما قدمنا نقله عن الشيخ في الخلاف والمبسوط ، فلعل ما هنا تفريع عليه .

وكيف كان فالظاهر ضعفه ، فان المفهوم من الخبر المشار اليه خلافه ، فانه لو كان العقد لازماً من جهته لجاز له وطىء الجارية مع الشرط قبل الوفاء به ، حيث انه قد ملكها بالهبة ملكاً لازماً ، ويجب عليه الوفاء بالشرط كما هو المفروض ، ومفهوم الخبر بخلافه .

ثم انه على تقدير الشرط ان كان ما شرطه معيناً فالحكم واضح ، وان كان مطلقاً فان اتفاقاً على شيء قليلاً أو كثيراً فلا اشكال أيضاً ، والاوجب اثابة مقدار الهبة مثلاً أو قيمة ، ولا يجب الأزيد وان طلبه الواهب ، كما لا يجبر الواهب على قبول الأقل الا أنه يجب أن يعلم أن ذلك ليس على جهة اللزوم والحتم ، بل يتخير الواهب في كلتا الصورتين بين الرجوع وقبول العوض ، لأن العقد من جهته غير لازم قبل التعويض ، ويتخير المتهب بين الرد والاثابة ، إلا على قول الشيخ المتقدم وأبى الصلاح في خصوص ما ذكره ، حيث حكما باللزوم من جهة المتهب ، وأوجبا عليه الاثابة ، وان اختلفا في العموم والخصوص ، وقد عرفت ضعفه .

ثم انه على تقدير الاشتراط لو تلفت العين في يد المتهب قبل التعويض أو عابت سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا ، فهل يضمن المتهب الأرض أو الأصل أم لا ضمان ؟ قولان : صرح في المختلف بالأول ، ونقل عن ابن الجنييد من المتقدمين . قال في المختلف : وان شرط الثواب فان أطلق كان اطلاقه منصرفاً الى العادة ، وان شرط معيناً فان أثابه اياه لزمت الهبة ، وإلا كان للمالك العود في هبته ، فان كانت ناقصة فعليه الأرض ، وان كانت تالفة فعليه المثل أو القيمة ، لأنه ملكه بشرط العوض ، ولم يسلم له فكان له الرجوع في عينه ، انتهى .

وجزم في التذكرة - ومثله ولده في الشرح - بالثاني ، واختاره المحقق

على تردد ، واحتجوا عليه بأن ذلك النقص حدث في ملك المتهب ، فلا يلزمه ضمانه ، ولأن المتهب لا يجب عليه دفع العوض كما مر ، بل للواهب الرجوع في العين والتفريط منه من حيث تركها في يد من سلطه على التصرف فيها مجاناً .

احتج القائلون بالأول بما عرفت من كلامه في المختلف وهو أن ملكه بشرط العوض لا مجاناً ، فإنه انما قبضها ليؤدي عوضها فلم يفعل ، ومن ذلك يظهر أن الواجب عليه أحد الأمرين ردها ، أو دفع العوض ، فإن تعذر الأول وجب الثاني .

ومنه يعلم الجواب عن دليل المخالف ، وقوله « انه سلطه على التصرف فيه مجاناً » فإنه انما سلطه بشرط العوض ، وهذا هو معنى الضمان ، وقولهم انه لا يجب عليه دفع العوض ، ان أريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفي الوجوب عن المبدل الذي هو المدعى ، وحينئذ فإذا تعذر أحد الأمرين المخير بينهما تعين الآخر ، وان أريد به عدم الوجوب بالكلفة فهو ممنوع ، وإلى هذا القول مال في المسالك ، وقوته بما ذكرنا ظاهرة .

ثم انه على تقدير القول بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته ؟ أو أن الواجب انما هو أقل الأمرين من ذلك ومن العوض ، وجهان : اختار ثانيهما في المسالك ، قال : لما عرفت من أن المتهب مخير بين الأمرين ، والمحقق لزومه هو الأقل ، لأنه ان كان العوض الأقل فقد رضي به الواهب في مقابلة العين ، وان كان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا يتعين عليه العوض ، بل هو مخير بينه وبين بذل العين ، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها ، انتهى وهو جيد .

الرابعة - فيما لو كانت لأحد الزوجين ، والمشهور بين الأصحاب كراهة الرجوع فيما يهبه أحدهما للآخر من غير أن تكون الهبة لازمة يحرم الرجوع فيما ، وذهب جمع منهم إلى عدم جواز الرجوع كالصور المتقدمة ، والأول قول الشيخ في كتبه واتباعه ، والثاني نقله الشيخ في الخلاف عن بعض الأصحاب ، وبه

أقول: ويمكن أن يقال بالخبر المذكور على ظاهره ، ويخص هذا الحكم بالزوجين ، ولا مانع منه ، إذا دل عليه الخبر ، فكما أنه دل على إستثناء الزوجين

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٥ ولا يخفى ان المتن المذكور هو مضمون رواية ابراهيم بن عبد الحميد التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٣ والا فالمذكور في رواية الحلبي هو الصدقة بدل الهبة ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ٤ و ص ٣٤٣ ح ٤ .

من عموم تلك الأخبار الدالة على جواز الرجوع بعد القبض ، كذلك على استثنائهما من عموم الأخبار الدالة على جواز الرجوع قبل القبض ، فيقال : تلزم هبة أحد الزوجين للآخر بمجرد العقد ، قبض أو لم يقبض ، وإن كان الحكم في غيرهما جواز الرجوع قبل القبض مطلقاً ، وبعده إلا في الصورة المتقدمة التي دلت النصوص على استثنائها ، وأي مانع من ذلك ، إذا اقتضاه الدليل ، سيما مع استدلاله ^(١) بالآيات المذكورة ، وهي مطلقة شاملة لما قبض أو لم يقبض .

وكيف كان فالظاهر أنه لا فرق في الزوجين بين الدائم والمنقطع ولا بين المدخول بها وغيرها ، ولا بين المطلقة رجعيّاً وغيرها ، باطلاق النص ، أما البينة فانها ليست زوجة ، والله العالم .

الخامسة - فيما لو ضم اليها قصد القربة «ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه ، وما لم يعط لله فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز » وفي موضح عبيد بن زرار (١) «ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز ولا ينبغي لمن أعطى الله عز وجل أن يرجع فيه» وفي الخبر التاسع «هل لأحد أن يرجع في صدقته أو هبته قال : أما ما تصدق به لله فلا» ويؤيدها جملة من الأخبار المتقدمة في الصدقة ، وأنه لا يجوز الرجوع فيما قصد به القربة ، وعلل بعض المحدثين بأنه بالقربة قد استحق الثواب ، وصار عوضاً ، فيكون من قبيل الهبة المعوضة التي قد تقدم أنه لا يجوز الرجوع فيها وهو جيد ، والله العالم .

السادسة - التصرف ، وقد اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في أن تصرف المتهب إذا لم يكن داخلياً في أحد الصور المتقدم ذكرها هل يوجب لزوم الهبة ويمنع رجوع المالك فيها أم لا ؟ على أقوال : أحدها - عدم تأثير التصرف مطلقاً في لزومها ، سواء كان تصرفاً ناقلاً للملك مانعاً من الرد كالاستيلاء ، أو مغيراً للمعين

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١ .

كطحن الحنطة ونحوها ، بل للواهب فسخها كما لو كانت قبل التصرف ، وهو مذهب المحقق في كتابيه ، واليه ذهب سلاز وأبو الصلاح وهو ظاهر ابن الجنيـد .
وثانيها - أنها تلزم بالتصرف مطلقاً ، واليه ذهب الشيخان ، وابن البراج ، وابن ادريس ، وأكثر المتأخرين كالعلامة والشهيد في اللعة وغيرهما .

وثالثها - التفصيل في ذلك ، بأنه ان كان التصرف موجباً لخروجها عن ملكه أو مغيراً لصورتها كقصارة الثوب ونجارة الخشب أو كان التصرف بالوطى ، فإنها تكون لازمة ، وان كان التصرف بدون ذلك كر كوب الدابة وسكنى الدار وحلب اللبن ونحوها ، فإنها غير لازمة ، وهذا القول مذهب ابن حمزة والشهيد في الدروس وجماعة من المتأخرين ، وزاد ابن حمزة فقال : لا يقدح الرهن والكتابة ، وهو يشمل باطلاقه ما لو عاد الى ملك الواهب أو لم يعد .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مما يسدل على القول الأول ظاهر الخبر الأول (١) وهو صحيح ، والتقريب فيه أنه عَلَيْهِ السَّلَام جوز الرجوع اذا كانت الهبة قائمة بعينها ، والا فليس له ، وقيام العين الذي هو عبارة عن بقائها شامل لحالتي التصرف وعدمه ، وكذا ظاهر الخبر السابع (٢) لقوله عَلَيْهِ السَّلَام بعد ذكر ما يدل على عدم الرجوع بالنسبة الى ذي القرابة والذي يثاب ، « ويرجع في غير ذلك ان شاء » ،

وأجاب في المختلف عن هذين الخبرين حيث احتج بهما لأصحاب القول الأول مقتصرأ عليهما بالحمل على ما اذا لم يوجد التصرف ، وفيه أن الحمل على خلاف الظاهر - كتخصيص العام وتقييد المطلق - يتوقف على وجود المعارض ليجمع بينهما بذلك ، وهو لم يذكر هنا ما يوجب المعارضة على هذا الوجه الا بعض الوجود الضعيفة ، كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى ، ثم ان مما يستدل به لهذا القول الأخبار المتقدمة ذكرها في صدر هذا الموضع ، فإنها متفقة على جواز

الرجوع بعد القبض مطلقاً في بعض ، ومع استثناء بعض الصور المتقدمة في بعض ، ففي بعضها استثناء ما يعطى لله من نحلة أو هبة أو صدقة ، وبعضها استثناء ذي الرحم ، والتحقيق في هذا المقام أنك إذا نظرت إلى الروايات الدالة على جواز الرجوع بعد القبض مطلقاً ، أوضحت إليها ما دل من الأخبار على عدم جواز الرجوع في الصور التي قدمناها ، ظهر لك أن الواجب تقييد إطلاق تلك الأخبار بهذه الأخبار الواردة في هذه الصور ، وبقاء ما عدا هذه الصور على الدخول تحت الإطلاق ، فإن العام المخصص والمطلق المقيد حجة فيما بقي بعد التخصيص والتقييد ، ولادليل في هذه الصورة المدعاة هنا حتى يمكن أن يخص تلك الأخبار به ، كما خصصت بغيره من أخبار الصور المتقدمة ، وبه تظهر قوة القول المذكور .

حجة القول الثاني - وجوه ملتبطة من تضاعف عبارات أصحاب هذا القول عموم قوله تعالى (١) « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وليس الرجوع تجارة ، ولا عن تراض ، وهذا مما استدل به في المختلف على ما أختاره من هذا القول .

الثاني - عموم «أوفوا بالعقود» (٢) خرج منه ما دل الدليل على جوازه ، فيبقى الباقي على أصله .

الثالث - رواية إبراهيم بن عبد الحميد (٣) عن الصادق عليه السلام « قال : أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك ، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها » وقال : قال رسول (صلى الله عليه وآله وسلم) : « من رجع في هبته فهو كالراجع في قبضه » خرج من ذلك ما أخرجه الدليل ، وبقي الباقي على أصله ، وهذا الوجه مما استدل به في المختلف أيضاً .

(١) سورة النساء - الآية ٢٩ .

(٢) سورة المائدة - الآية ١ .

(٣) التهذيب ح ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٣ ح ٤ .

الرابع - جواز الرجوع يقتضي تسلط الواهب على ملك المتهب ، وهو خلاف الأصل لقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) «الناس مسلطون على أموالهم» فيقتصر فيه على موضع الدليل .

الخامس - قال الشيخ وروى الأصحاب أن المتهب متى تصرف في الهبة فلا رجوع فيها ، وهويديل على وجود روايات بذلك .

السادس - أن المتهب قد ملك بالعقد والاقباض ، فظهر أثر المتهب بالتصرف ، فقوى وجود السبب فكان تاماً ، وإلا لم يتحقق أثره ، فلا يتحقق النقل إلا بسبب طار ، والرجوع ليس سبباً هنا ، وإلا لكان سبباً في غيره ، وهذا الوجه مما ذكره في المختلف ، وهو أول أدلته .

السابع - أن جواز الرجوع يقتضي الضرر والاضرار بالمتهب على تقدير بنائه وغرسه وطول مدته ، وهما منغيان شرعاً .

الثامن - ان الموهوب قد صار ملكاً للمتهب بعقد الهبة فلا يعود الى ملك الواهب إلا بعقد جديد أو ماهو في حكمه .

التاسع - أنه اجماع ، لأن المخالف معروف بالاسم والنسب فلا يقدح .

العاشر - اخبار القبي ، وهي متعددة ، هذه جملة أدلتهم على القول الثاني ، وسنبين ان شاء الله تعالى ما فيها من القصور ، لكن قبل الشروع في ذلك لابد من تمهيد كلام في المقام يكون كالوجه الجهلى لرد ما ذكره هؤلاء الأعلام ، ثم نعطف الكلام على بيان ما في هذه الوجوه السقام ، فنقول قد عرفت مما ذكرناه في صدر هذا الموضع ان المشهور في كلامهم من غير خلاف يعرف ، بل ادعى عليه الاجماع ، أنه يجوز الرجوع بعد القبض إلا في مواضع مخصوصة ، وقد دلت جملة من الأخبار الصحاح الصراح على ذلك ، وأما ما عارضها من الأخبار الدالة على العدم فمع قصورها عن المعارضة لتلك الأخبار ، فانه لا فائز بها من الأصحاب ،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث ح ٧ .

وحملوها على الكراهة المغلظة جمعاً بين الأخبار وحينئذ فالواجب هو الوقوف على هذه الأخبار المذكورة الصحيحة الصريحة المعتمدة بعمل الأصحاب واتفاقهم على القول بها حتى يقوم دليل على ما يوجب الخروج عن إطلاقها وعمومها .

نعم قام الدليل بالنسبة الى الصور التي قدمناها ، فذيلنا بالأخبار الدالة على ذلك فوجب استثنائها ، وأما فيما نحن فيه فليس إلا هذه الوجوه التي لفقوها ، وهي أوهن من بيت العنكبوت ، وانها لأوهن البيوت .

أما الأول ففيه أن الرجوع ليس أكل مال بالباطل ، لأننا إنما جوزنا الرجوع بتلك الأخبار الصحيحة الصريحة في جواز الرجوع بعد القبض ، فانها صحيحة صريحة في الرجوع .

نعم قام الدليل من خارج على عدم جواز الرجوع في بعض الموارد ، فخصصنا به تلك الأخبار ، فبقيت فيما عداها على إطلاقها ، بل أكل المال بالباطل إنما يلزم القائل باللزوم ، وعدم جواز الرجوع ، فانه متى دلت الأخبار على جواز الرجوع ويرجع الواهب ، ولم يدفع إليه بناءً على دعوى لزوم الهبة بالتصرف ، فإن اللازم من ذلك أكل المتهب لها بالباطل ، لمخالفته مقتضى النصوص المذكورة الدالة على استحقاق الواهب لها بعد رجوعه منها .

وأما الثاني ففيه أن العقود منها الصحيح ، ومنها الفاسد ، ومنها الجائر ومنها اللازم ، وقد حققنا سابقاً أنه لا يجوز العمل بالآية على ظاهرها لما عرفت ، بل الواجب حملها على العقود اللازمة ، وما نحن فيه ليس بل لازم ، لدلالة النصوص الصحيحة واتفاقهم على جواز الرجوع بعد القبض أعم من أن يكون قد تصرف أو لم يتصرف ودعوى كون العقد لازماً هنا بالتصرف مصادرة ، لانه عين المتنازع .

وأما الثالث فمع قطع النظر عن ضعف السند الذي يوجب طرحه باصطلاحهم فضلاً عن أن يصلح للمعارضة ، فانك قد عرفت أن هذا الخبر وما في معناه من الأخبار الدالة على عدم الرجوع بعد القبض قد حملها الأصحاب على الكراهة ،

تفادياً من طرحها ، حيث انه لا قائل بها ، فكيف يستدلون بها هنا ، وهم انما يدعون اللزوم هنا من حيث التصرف ، والرواية وما في معناها إنما دلت على اللزوم وعدم جواز الرجوع بمجرد القبض ، وليس فيها تعرض للتصرف بوجه ، فما تدل عليه الرواية لا يقولون به ، وما يقولون لا تدل عليه فكيف يتم الاستدلال بها والحال كما ترى .

وأما الرابع ففيه أن جواز الرجوع مما اقتضته الصحاح المتقدم ذكرها والمتنب انما ملكه ملكاً متزلزلاً مراعى بعدم الفسخ من الواهب ، فان مجرد القبض لا يقتضى لزوم الهبة ، كما عرفت ، بل هي جائزة لا تلزم إلا بأحد الأسباب الموجبة للزومها ، وليس هذا منها ، ودعوى ان التصرف من جعلتها مصادرة ، ومتى فسخ الواهب ورجع فانما رجع في ماله ، وتسلب على ماله ، لا مال المتنب ، وحينئذ فالاستدلال بالخبر عليهم ، لا لهم .

وأما الخامس ففيه أن الاستدلال بمجرد هذا الكلام مجازفة محضة سيما على مذاقهم واصطلاحهم ، ومناقشتهم في الأخبار المروية في الاصول ، فكيف يعتمدون هنا على مجرد هذا الكلام ، مع أن كتب الأخبار خالية من ذلك وأصحاب هذا القول بعد الفحص والمناقشة في تحصيل دليل لهم من الأخبار لم يعثروا ، إلا على رواية ابراهيم بن عبد الحميد المذكورة ، وأوردوا واستدلوا بها ، وقد عرفت ما فيها سنداً ودلالة .

وأما السادس وهو أقوى أدلته في المختلف ، ولهذا قدمه وبالسخ في الذب عنه ، ففيه ما ذكره في المسالك من أنه ان أراد بالملك بعد العقد والاقباض هو الملك على جهة اللزوم ، فهو عين النزاع ومحل البحث ، وهل هو إلا مصادرة ، وان أراد تحقق الملك المطلق أعم من اللزوم والجائز وترتب أثر هذا المطلق فهو غير نافع لأن العقد الجائز لا يرفع جوازه التصرف فيه على هذا الوجه ، كما يظهر ذلك في تصرف أحد المتبايعين مع وجود الخيار للآخر ، وكما في التصرف غير المغير للعين

ولا الناقل للملك في الهبة عند بعض الأصحاب ، وحينئذ فالظاهر من أثر الملك إنما هو أثر الملك اللازم الحاصل وهو الحائز رفعه على ما يدعيه الخصم ، ودلت عليه الأخبار الصحيحة ، وذلك لا يوجب قوة السبب ولا تماميته ، ولا ينافي كونه سبباً ، ودعوى كون الرجوع ليس سبباً هنا عين المتنازع ، فإن الخصم يجعله سبباً تاماً في رفع ملك المتهم ، وإثبات ملك الواهب بواسطة جواز العقد الذي قد استفيد من النصوص ، انتهى ، وهو جيد رشيق .

وأما السابع فضعفه أظهر من أن يخفى ، إذ خلاف كما عرفت ولا إشكال في كون العقد بعد القبض جائزاً متزلزلاً ، للواهب فسخه والرجوع فيما وهبه متى أراد ، كما دلت عليه الأخبار الصحيحة المعتمدة بفتوى الأصحاب واتفاقهم ، وحينئذ فتصرف المتهم على هذا الوجه أقدام منه على الضرر ، ورضاً به ، لتصرفه في ملك غير مستقر ولا لازم ، فادخاله الضرر على نفسه لا يكون حجة على غيره ، ولا يدخل تحت خبر الضرر ، كما هو ظاهر لذوى الأبصار والأفكار .

وأما الثامن فهو كسابقه في الضعف ، لما تقدم في جواب الوجه السادس ، وهو أنه إن أراد بالملك هو الملك اللازم فهو أول المسئلة ومحل البحث ، وإن أراد الأعم لم ينفعه ، ولم يضر الخصم ، وأما قوله فلا يعود إلى ملك الواهب إلا بعقد جديد ومافي حكمه ، ففيه بعد الاغماض عن المناقشة فيه بأن ذلك إنما هو في الملك اللازم الذي ليس لصاحبه الرجوع فيه ، على أننا نقول إن الفسخ هنا في حكم العقد ، حيث إنه ناقل للملك من المتهم إلى الواهب ، كما هو ظاهر .

وأما التاسع فهو أشد ضعفاً من هذه الوجوه المذكورة ، وكيف يدعى الاجماع في موضع هذا الخلاف المنتشر بين عظماء الطائفة ، والمهركة العظمى والمناقشات الزائدة كما عرفت ، وستعرف ، ونحن في شك وإشكال من حجية الاجماع في موضع لم يظهر فيه الخلاف ، فكيف بهذا الموضع الذي قد عرفت اتساع دائرة الخلاف فيه ، وما هذه الدعوى عند ذوى الانصاف إلا من قبيل الهذيان

والتخييلات الموجبة لارتكاب جادة الاعتساب .

وأما العاشر فإن فيه أن ما دل عليه ظاهر هذه الأخبار من تحريم الرجوع في الهبة وأنه كالرجوع في القبيء الذي لا خلاف في تحريمه لاقائل به على إطلاقه مع دلالة الأخبار الصحاح الصراح المتقدم ذكرها على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ، ما لم يعرض لهما ما يوجب لزومها في تلك الصور المتقدمة .

وحينئذ فالواجب إما حمل هذه الأخبار على الكراهة المؤكدة كما ذكره الأصحاب ، أو العمل بظاهرها وتخصيصها بالصورة التي تلزم فيها الهبة ، ويحرم الرجوع بها ، وأما العمل بظاهرها فهو غير مستقيم كما هو ظاهر لذوى الفهم القويم .

حجة القول بالتفصيل :- بأنه إن كان التصرف موجباً لخروجها عن ملكه ، أو مغيراً للصورة كقصارة الثوب وطحن الحنطة ونجر الخشب وكذا الوطى ، فهي لازمة ، وإن لم يكن كذلك كركوب الدابة ولبس الثوب وسكنى الدار فهي جائزة يجوز الرجوع فيها - الخبر الأول (١) الدال على أنه إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها ، وإلا فليس له الرجوع ، والتقريب فيه أنه مع تغير العين بطحن الحنطة وتقطيع الثوب ونجر الخشب ونحو ذلك ، لا يصدق بقاء العين لأن المتبادر منه بقاءها على حالها وإصافها التي قبضها المتهب عليها ، لأصل الذات ومع خروجها عن ملكه لا يصدق بقاءها عرفاً ، لأن ذلك مندرج منزلة التلف ، فضلاً عن أصل الخروج عن الوصف ، وعلى هذا فتكون هذه الرواية مخصصة أو مقيدة لتلك الأخبار الصحاح المقدم ذكرها ، كما قيدوها بتلك الصور المتقدمة واعتراض على ذلك في المسالك بأن الخبر المذكور لا يخلو من الاشكال في السند والدلالة ، أما السند فلعدم كونها من الصحيح ممن يعتبر عدالة الراوي بالمعنى المشهور ، يشكل عليه العمل بها .

وأما الدلالة فتظهر في صورة نقلها عن الملك مع قيام عينها بحالها ، فإن إقامة

النقل مقام تغير العين أو زوالها لا يخلو من تحكم أو تكلف ، بل قديدي قيام العين ببقاء الذات مع تغير كثير من الأوصاف ، فضلاً عن تغير يسير ، قال : وأيضاً فأصحاب هذا القول ألحقوا الوطىء مطلقاً بالتغير ، مع صدق بقاء العين بحالها ، اللهم الا أن يدعى في الوطىء عدم بقاء عينه عرفاً وليس بواضح ، أويخص بمالو صارت أم ولد ، فانها ينزل منزلة التالفة من حيث امتناع نقلها عن ملك الواطىء وعلى كل حال فتقييد تلك الأخبار الكثيرة الصحيحة الواضحة الدلالة بمثل هذا الخبر الواحد البعيد الدلالة في كثير من مدعيات تفصيله لا يخلو من اشكال ، الا أنه أقرب من القول المشهور باللزوم مطلقاً ، انتهى .

أقول - وبالله التوفيق الى سواء الطريق - : انه لا يخفى أن الطعن في الخبر المذكور بالسند غير مرضي ولا معتمد ، ولو على تقدير هذا الاصطلاح المحدث ، فان جملة منهم قد عدوه في الصحيح ، حيث ان حسنه انما هو بابراهيم بن هاشم الذي قد تلقوا أحاديثه بالقبول ، وان عدوه في الحسن ، فالمناقشة في السند ضعيفة واهية .

وأما في المتن فالتحقيق أن يقال : ان الخبر المذكور وان لم ينهض بالدلالة على ما ذكره القائل بالتفصيل في جميع ما أورده ، وادعى اللزوم بسببه ، الا انه ظاهر في البعض ، لانه من جملة ما عده من التصرف الموجب للزوم تقطيع الثوب ، ونجر الخشب ، وطحن الحنطة ، ومن الظاهر أن التصرف بهذه الأنحاء ونحوها لا يصدق معها قيام الهبة بعينها ، لما عرفت آنفاً ، ففي هذه الحال لا يبعد القول باللزوم ، والحاق ذلك بالتلف ، وأما بالنسبة الى نقلها عن الملك ، فالظاهر صدق قيامها بعينها ، كما اختاره شيخنا المتقدم ذكره ، فله حينئذ الرجوع فيها ، وظاهره في الدروس الحاقه بالتلف في اللزوم ، ومثل ذلك الوطىء أيضاً ان أرادوا به مطلق الوطىء ، وان خصوه بالاستيلاد فاشكال ، لصدق بقاء العين الموجب للرجوع ، وحصول الاستيلاد المانع من النقل من ملك الواطىء .

وبالجملة فالذي يظهر لي من الخبر المذكور هو الحاق التصرف الموجب لزوال الصورة على النحو المتقدم بالتلف ، وأما ما عداه فلا ، إلا في الاستيلاد ، فانه محل توقف ، وعلى تقدير القول باللزوم بالتصرف الناقل للملك ، ففي تنزيل موت المتهب وانتقال الهبة الى الورثة منزلة التصرف الناقل قولان : أحدهما - العدم ، فيجوز الرجوع ، لأن هذا الانتقال لم يحصل بتصرفه ونقله ، والتصرف الذي هو الموجب للزوم عندهم غير حاصل ، فيبقى كغيره على الجواز الموجب لجواز الرجوع ، لدخوله تحت الأدلة المجوزة للرجوع .

وقيل : إنه منزل منزله ، لأن انتقاله عنه بالموت بفعل الله تعالى أقوى من نقله بفعل المتهب ، وهو خيرة الشهيد في الدروس ، وشرح الارشاد ، وقواه في الروضة . وأنت خير بأن مستند هذا القول أعنى بالتفصيل انما هو الخبر المتقدم كما عرفت ، وهو قد تضمن جواز الرجوع اذا كانت الهبة قائمة بعينها ، وإلا فلا ، وهو أعم من أن يكون عدم قيامها بعينها موجب لعدم الرجوع مستنداً الى فعل الله سبحانه ، أو فعل المتهب .

لكن يبقى الاشكال في أنه هل يصدق عدم قيامها بعينها على صورة الانتقال ، أم لا ؟ وقد عرفت مما قدمنا نقله عن المسالك منع ذلك ، حيث نسبته الى التحكم وهو القول بغير دليل ، أو التكلف ، فيجوز الرجوع لصدق قيامها بعينها ، وكلامه في الروضة ظاهر في موافقته للشهيد ، فما اختاره مؤذن بصدق ذلك ، وأنه مع الانتقال يصدق عدم قيامها بعينها ، وهو خلاف ما ذكره في المسالك ، كما لا يخفى اللهم إلا ان يكون كلامه في الروضة مبنياً على المماشة والتنزيل ، بناء على القول بذلك ، بمعنى أنالوقلنا : بأن نقل المتهب الهبة الى غيره موجب للزوم ، فهل يكون موت المتهب الموجب لنقل (الله سبحانه) لها كذلك أم لا ؟ وحينئذ فيندفع عنه الايراد ، والله العالم .

المقام الثاني في جملة من أحكامها زيادة على ما سبق :

وفيه مسائل : الاولى : اذا ذهب وأقبض ثم باع الهبة من آخر فان كانت لازمة كما في الصورة المتقدمة ، فان المبيع غير منعقد ولا صحيح ، لكونه تصرفاً في ملك الغير بغير اذنه ، إلا أن يكون من باب البيع الفضولي على القول به ، فيتوقف على اجازة المتهب ان قلنا بصحته ، وإلا فلا ، وان كانت الهبة جائزة يجوز الرجوع فيها ، فهل يصح ويقوم مقام الرجوع فيها ، فيكون بيعاً ورجوعاً أم لا ؟ بل لا بد من الرجوع أولاً ثم البيع ، قولان . نقل ثانيهما عن الشيخ (رحمة الله عليه) في المبسوط ، وهو اختيار المحقق في الشرايع ، وبالأول صرح العلامة في الارشاد والقواعد .

احتج القائل بالعدم بأن الهبة قد انتقلت الى ملك المتهب بالعقد ، وان كان انتقالاً متزلزلاً قابلاً للزوال بالفسخ ، فبيعه قبل الفسخ وقع في ملك الغير ، لأنه باع ما لا يملكه .

احتج القائل بالصحة بأن الأصل صحة البيع ، وهو متضمن للرجوع ، والمسئلة خالية من النص ، إلا أن الأقرب بالنسبة الى تعليلاتهم هو القول بالصحة وقول ذلك القائل أنه لا بد من الفسخ أولاً وإلا لكان بيعاً لا يملكه مردود ، بأنه لا ريب أن ارادة البيع وقصده قبل وقوع العقد ظاهر في ارادة الفسخ ويكون وقوع العقد كاشفاً عن ذلك القصد ، فهو بيع بالفسخ ، وأي مانع من ذلك ، والى المتقدمين على العقد ، فيكون بيعاً متضمناً للفسخ ، وأي مانع من ذلك ، والى هذا القول مال في المسالك ، وهو من حيث الاعتبار قوي ، وان كان من حيث عدم وجود النص في المسئلة لا يخلو من توقف ، ولو كانت الهبة فاسده صح البيع اجماعاً ، كما ادعاه في القواعد ، وهو مما لا اشكال فيه مع علمه بالفساد .

أمّا مع جهله وكون العقد عنده على الظاهر الصحة وان كان في نفس

الأمر فاسداً فاشكال ، ووجه الصحة في الجميع على ما قالوا هو كونه عقداً من مالك جائز التصرف ، فيكون صحيحاً .

ووجه العدم على تقدير جهله بالفساد أنه لم يقصد نقله عن ملكه لبنائه من حيث جهله بالفساد على أنه ملك لغيره فيكون إنما باع ملك غيره ، والعقود تابعة للمقصود ، فلا يكون المقدم معلوم الصحة ، وأجيب عنه بأن ايقاع العقد باللفظ الصريح كاف في الدلالة على القصد اليه شرعاً ، كما في نظائره من العقود ، إذ لا يشترط في صحته العلم بكونه قاصداً الى ذلك اللفظ ، حيث يكون شرعياً بل يحمل اطلاق لفظه - حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد - على كونه قاصداً .

أقول : والظاهر عندي أنه لا ضرورة الى هذه التكاليف المذكورة ، والتعليلات المسطورة ، بل الأقرب أن يجعل الكلام هنا على تقدير الجهل بفساد الهبة ، وانها بحسب الظاهر صحيحة كالكلام في سائر هذه المسئلة وهو صحة الهبة ، ولا فرق بينهما إلا بأن الهبة في الأولى صحيحة ظاهراً وواقعاً ، وفي الثانية صحيحة ظاهراً لا واقعاً ، وحينئذ إذا كان الكلام هنا كالكلام ثمة ، وقد عرفت ثمة أن الأقرب هو الحكم بصحة البيع ، وكونه بيعاً صحيحاً ، فأولى بالصحة هنا ، حيث انه لا اشكال في صحة البيع مع العلم بالفساد و مع الجهل بالفساد ، حتى حكمنا بصحة البيع بناء على صحة الهبة ظاهراً ، وان كانت فاسدة واقعاً تتأكد الصحة بظهور الفساد ، لما عرفت من أنه لا اشكال في الصحة مع العلم به فالبيع صحيح على التقديرين .

تعميم :

حيث انهم قد صرحوا بصحة البيع فيما لو كانت الهبة فاسدة في الواقع ، ونفس الأمر ، وان كانت صحيحة في الظاهر على ما تقدم من الاشكال في بعض الصور ، لما ذكره من التعليقات التي أشرنا الى بعضها ، صرحوا بأن من قبيل ذلك ما لو باع مال مورثه ، وهو يعتقد بقاءه بمعنى أنه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور

موت المورث حالة البيع ، فان البايع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم ، وصدور البيع من مالك أمره ، ووجه البطلان في الموضوعين اتحاد المسئلتين ، في أنه باع مال غيره بحسب الظاهر ، فيصير باطلا ، والقائل بالصحة هنا نظر الى وقوع البيع على ملكه واقعاً ، حيث انه وقت البيع قد انتقل اليه بالارث ، وان كان بحسب الظاهر أنه مال غيره ، لعدم علمه بالوفاة والانتقال اليه ،

واعترض ذلك في المسالك بناء على ما اعترض به في تلك المسئلة مما قدمنا الاشارة اليه ، فقال هنا أيضاً : ويشكل بمأمر من عدم قصده الى البيع اللزوم ، بل انما قصد بيع غيره ، وأقدم على عقد الفضولي ، فينبغي أن يعتبر رضاه به مع ظهور الحال خصوصاً مع ادعاء عدم القصد الى البيع على تقدير كونه ملكه ، ولعل هذا أقوى لدلالة القرائن عليه ، فلا أقل من جعله احتمالاً مساوياً للقصد الى البيع مطلقاً ، فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع ، إلا أن يقال : ان المعتبر هو القصد الى بيع لازم وتوقفه على اجازة المالك أمر آخر ، والى مثل هذا نظر المصنف وجزم بصحة البيع ، ومثله مالو باع مال غيره فظهر شراء وكيه له ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن من باع مال غيره بغير اذنه ومنه بيع هذا الوارث مال مورثه بناء على حياته فانه لا يخلو من أن يكون غاصباً أو فضولياً ، وعلى تقدير القول بصحة بيع الفضولي ، فانه عندهم موقوف في لزومه على اجازة المالك ، وان عدمها يبطل ، والاجازة هنا غير ممكنة لظهور موته وقت البيع كما هو المفروض ، فيؤول الأمر الى البطلان على كل من التقديرين ، هذا مع تسليم صحة البيع الفضولي وإلا فقد عرفت أن الحق فيه أنه باطل كما مضى تحقيقه في كتاب البيع بما لا مزيد عليه (١) وحينئذ فيبنى الأمر في ذلك على أن التصرف الذي يكون بحسب الواقع شرعياً وان لم يكن بحسب الظاهر كذلك ، هل يترتب عليه ما يترتب على الشرعي ظاهراً واقعاً أم لا ؟ وبعبارة أخرى موافقة الواقع وان لم يتعلق به

٢٦ ج في ان موافقة الواقع وإن لم يكن مقصوداً كاف في الصحة ٣٤٧

قصد ولا ارادة ، بل ربما تعلق القصد والارادة بغيره ، هل يكون كافياً في الصحة أم لا ؟ الظاهر من تتبع النصوص ذلك ، سواء كان في العبادات أو المعاملات ، ومنه ما ذكره من مثال من باع مال غيره فظهر شراء وكيله له ، بمعنى أنه ظهر أن بيعه قد صادف الصحة بحسب الواقع ، وإن كان بحسب الظاهر غير صحيح ، فانه لا اشكال في صحته ، ولهذا الباب في العبادات - التي لا ريب في أن الأمر فيها من المعاملات أشكل وأصعب - أمثلة كثيرة ، وناقش بعض فضلاء متأخري المتأخرين في الاكتفاء بموافقة الواقع اتفاقاً إذا لم يكن مقصوداً ، وقد تقدم الكلام معه في كتاب الصلاة في مسألة من صلى في غير الوقت جاهلاً (١) ولو تم ما توهمه من أن الاتفاق الخارج لا مدخل له في الأحكام الشرعية على الإطلاق كما زعمه ، لما أجز الصوم آخر يوم من شعبان عن شهر رمضان متى ظهر كونه منه بعد ذلك ، ويسقط القضاء عمق أفطر يوماً من شهر رمضان لعدم الرؤية في البلاد المتقاربة أو مطلقاً على الخلاف في ذلك ، ويوجب الحد على من زنى بامرأة ثم ظهر كونها زوجته ، ويصح شراء من اشترى شيئاً من يد أحد المسلمين ثم ظهر كونه غصباً ، ويوجب القضاء والكفارة على من أفطر يوماً من شهر رمضان في الظاهر ثم ظهر كونه من شوال ، ويوجب القود أو الدية على من قتل شخصاً عدواناً بحسب الظاهر ، ثم ظهر كونه ممن له قتله قوداً ، ويوجب العوض على من غصب مالا وتصرف فيه ثم ظهر كونه له ، الى غير ذلك من المواضع التي يقف عليها المتتبع ، واللازم أن يكون كلها باطلة اتفاقاً ، وليس ذلك إلا من حيث الاكتفاء بمطابقة الواقع وإن لم يكن مقصوداً ، ومانحن فيه من قبيل ذلك ، وبذلك يظهر لك أن ما أطال به الكلام شيخنا المتقدم ذكره في المسالك بالنسبة الى القصد في البيع وعدمه ، كله تطويل بغير طائل ، والحق في المقام هو ما حققناه .

ثم ما ادعاه في القواعد من الاجماع على صحة البيع لو كانت الهبة فاسدة كما

قدعنا نقله عنه قد اعترضه في المسالك ، فقال : واعلم أن العلامة في القواعد ادعى الاجماع على صحة البيع بتقدير ظهور فساد الهبة ، وعطف عليه حكم ما لو باع مال مورثه ، والاجماع ممنوع ، مع أنه في كتاب البيع من الكتاب المذكور نقل الخلاف فيمن باع مال مورثه فبان موته ، وان استوجه الصحة ، انتهى .

أقول : من الجائز الممكن حصول الاجماع في مسألة بيع ما ظهر فساد هبته مع الخلاف في المسئلة المعطوفة عليها ، بأن يكون عطفه عليها بناءً على ما يختاره فيها ، لا بمعنى أنها مجمع عليها مثل الأولى ، والمسئلة الأولى لم يظهر فيها منازع سواء (قدس سره) فيما أعلم ، وهو لا ينافي دعوى الاجماع قبله ، فانه مع مناقشته بما قدمنا ذكره عنه لم يذكر مخالفاً سواء ، ولم يشر الى خلاف في المسئلة بالكلية كما هي عادته غالباً .

اذا عرفت ذلك فأعلم أنهم قد ألحقوا بالمسئلة المتقدمة فرعاً آخر أيضاً ، وهو أنه لو أوصى برقبة معتقة وظهر فساد العتق ، فان الوصية تكون صحيحة ، لمصادقتها للملك بحسب الواقع من حيث فساد العتق ، وان كانت باطلة بالنظر الى الظاهر من حيث العتق الموجب للخروج عن الملك ، فالوصية لم تصادف الملك بحسب الظاهر ، فتبطل ، إلا أنه لما كان المدار انما هو على مصادفة الواقع ، والجهال أنه لا عتق في الواقع كانت صحيحة .

قال في المسالك بعد ذكر نحو ما ذكرناه من الحكم بالصحة وبيان الوجه في ذلك : وبشكل بامام ، ويزيد هنا أنه على تقدير كونه معتقاً ظاهراً ولم يتبين له حال الوصية فساد العتق أنه لا يكون قاصداً الى الوصية الشرعية ، بل بمنزلة الهاذل والعابت بالنظر الى ظاهر حاله ، فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك في نفس الأمر ، بخلاف من باع غيره فانه قاصد إلى بيع صحيح شرعي ، غايته أنه جائز من قبل المالك ، لكنه لازم من قبل المشتري فهو عقد شرعي مقصود اليه ، وان لم يقصد الى لزومه مطلقاً ، بخلاف الوصية بالعتق ظاهراً ، فانها بحسب الظاهر باطلة

٢٢٣ في ان " موافقة الواقع وإن لم يكن مقصوداً كاف في الصحة ٣٤٩

ولا يتوجه قصده الى وصية شرعية أصلاً ، لعدم علمه بها ، فالقول هنا بتوقفها على تجديد لفظ يدل على امضائها متعين ، وهو في الحقيقة في قوة وصية جديدة ، اذ لا تنحصر في لفظ مخصوص ، بل كل لفظ يدل عليها كما سيأتي كاف وهذا منه ، انتهى .

أقول : لا ريب انه بالنظر الى الظاهر فالأمر كما ذكره من أنه بحسب الظاهر حيث لم يتبين له فساد العتق ، ثم لو وصى والحال هذه ، فانه في معنى الهازل أو العايب ، ولكن بالنظر الى الواقع حيث ان العتق فاسد في نفس الأمر وانه مالك فانه لامانع من الصحة ، لما قدمنا ذكره من أن مطابقة الواقع وان لم يتعلق به قصد بل ربما تعلق القصد بغيره كما عرفت من الأمثلة المتقدمة كاف في الصحة .

وما ذكره في الفرق بين بيع المذكور في الصورة الأولى والوصية من أنه في البيع قاصد الى بيع صحيح الى آخره ، ففيه أن جميع ما وصفه به ونوه به ، كله مراعى باجازه المالك ، وأنه مع عدمها يكون العقد باطلاً بلاخلاف ، والعقد المزبور قد وقع بعد موت المالك واقعاً كما تقدم ، فالاجازة فيه متعذرة ، فتحتم أن يكون باطلاً ، نعم لما اتفق واقعاً كونه ملكاً للبايع صح العقد بالنظر الى ذلك .

وبالجملة فان هذا العقد بالنظر الى ظاهر الأمر وتصرف الوارث في مال مورثة بالبيع بناء على حياته قد ظهر كونه باطلاً بعدم لحوق الاجازة له ، لكن لما اتفق انتقال ذلك الى الوارث واقعاً وصار ملكاً له وان لم يعلم به فقد صادف العقد ما يوجب صحته ، وان كان غير مقصود بل المقصود غيره كما عرفت في الصور المتقدمة ، وبعين هذا يقال في الوصية : فانه لما أوصى بشيء لا يملكه ظاهراً ، فانها بحسب الظاهر باطلة لكن لما صادف في الواقع ما يوجب الصحة ، وهو ملكه للعبد لبطلان العتق حكم بصحتها بالتقريب المتقدم في أمثالها .

وبالجملة فالظاهر هو القول المشهور ، ومناقشاته (قدس سره) في جميع هذه المواضع لا تخلو من القصور ، والله العالم .

المسئلة الثانية : قد صرحوا بأنه اذا تراخى القبض عن العقد ثم أقبض حكم بانتقال الملك من حين القبض لامن حين العقد ، وليس كذلك الوصية . فانه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول ، وان تأخر القبض .

أقول : قد تقدم ذكر الخلاف سابقاً في أن القبض هل هو شرط في اللزوم أو الصحة ، وأن المشهور بين المتأخرين هو الثاني ، والظاهر أن هذا الكلام مبني على هذا القول ، فان مقتضاه أن الملك لا يحصل إلا بعد القبض ، لكون العقد قبل القبض غير صحيح ، فلا يوجب الملك وأما على مذهب من قال : انه شرط في اللزوم فان العقد قبل القبض عنده صحيح ناقل للملك ، إلا أنه لا يلزم إلا بالقبض ، إلا أن هذا القول كما تقدم ذكره ، لا يخلو من الاشكال لما عرفت ثمة .

وبالجمله على تقدير القول بشرطينه في الصحة ، إنما يحصل الانتقال الى ملك المتهب بالقبض ، فيكون القبض ناقلاً للملك لا كاشفاً عن انتقاله بالعقد ، كما هو مقتضى القول باللزوم ، وتظهر الفائدة في مواضع ، منها النماء المتخلل بين العقد والقبض ، وأما الوصية فانها تنتقل الى الموصى اليه بالقبول ، وموت الموصى ولا يشترط فيها القبض كما سيأتى تحقيقه في محله ان شاء الله تعالى ، وهذا هو الموافق لقواعد العقود ، الا أن الهبة خرجت عندهم بدليل خاص كما تقدم .

هذا والمفهوم من كلام بعضهم هو جواز تراخى القبض عن العقد ، والوجه فيه أصالة عدم الفورية لعدم الدليل عليها ، وفي القواعد استشكل في صورة تراخيه .

قال في المسالك : والاشكال مبني على القول بأن القبض شرط لصحة الهبة ، لا للزومها ، فيكون جزءاً من السبب المصحح لها كالقبول ، واعتبرت فوريته كما اعتبرت فورية القبول ، وفيه أن الجزئية لا تقتضى الفورية أيضاً ، إذ لا امتناع في تراخى بعض أجزاء السبب عن بعض ، واعتبار الفورية في القبول جاء من دليل من خارج عند من اعتبرها ، نظراً منه الى أن جواب الإيجاب يعتبر فيه ما يعد معه

جواباً ، ومع ذلك ففيه ما فيه كما لا يخفى ، انتهى .

المسئلة الثالثة : لو أقر بالهبة وأنكر الاقباض كان القول قوله ، لأنه منكر والأصل عدم الاقباض ، فان ادعى عليه من أقر له بالهبة الاقباض ، لزمته اليمين في انكاره الاقباض ، وانما كانت اليمين لازمة له في هذه الصورة دون الأولى ، بل يقبل قوله هناك بغير يمين ، لأن اليمين انما تكون لانكار ما يدعيه المدعى ، فاذا لم يدع عليه الاقباض لاوجه للزوم اليمين عليه ، وان صدق أنه منكر قبل الدعوى المذكورة ، اذ ليس كل منكر يلزمه اليمين على الاطلاق ، بل لابد من انضمام دعوى ما أنكره المنكر ، وهو ما لا خلاف فيه ، ولا شبهة يعتريه ، ولو أقر بالهبة والتملك فقال : وهبته وملكته ولكن أنكر القبض فاشكال ، ينشأ من بناء الكلام هنا على ما تقدم من الخلاف في أن القبض هل شرط لصحة الهبة ، فلا يحصل الملك بدونه ، أم شرط للزومها فيحصل بدونه ، وان كان ملكاً متزلاً يجوز رفعه بالفسخ ، وبيان ذلك أن الهبة تحصل بمجرد الايجاب والقبول . والقبض أمر خارج عن ماهيتها ، وانما اعتبر في صحتها أو لزومها ، فإقراره بالهبة وقوله وهبته لا يدل على أزيد من وقوع وقوع الهبة بالايجاب والقبول ، وأما القبض فلا دلالة له عليه وقوله ثانياً وملكته فان قلنا بأن القبض شرط في الصحة فمقتضى هذا الاقرار أنه أقبضه ، لأن الملك على هذا القول لا يحصل إلا بالاقباض ، فيحكم عليه بالاقباض حيث يقول وملكته ، فلامعنى لانكاره الاقباض حينئذ ، هذا ان كان المقر ممن يرى هذا القول اجتهاداً أو تقليداً ، أو ان كان ممن يرى أن القبض شرط في الزوم ، وأن الملك يحصل بغير القبض ، فيجوز أن يكون إقراره اخباراً عن رأيه ومعتقده ، فلا يدل على الاقباض ، وذيل الكلام في المقام واسع ، من اراد الوقوف عليه فليرجع الى مطولات الأصحاب (رضوان الله عليهم) إلا أنه لما كانت المسئلة خالية عن النصوص ، فتطويل الكلام فيها بنحو هذه التعليقات تطويل بغير طائل والله العالم .

المسئلة الرابعة قالوا : اذا رجع الواهب في الهبة حيث يجوز له الرجوع فان وجدها بحالها لم تتغير ، فلا اشكال ، وان وجدها متغيرة معيبة لم يرجع بالأرض لأنه حدث في عين مملوكة للمتهب وقد سلطه مالكها على اتلافها مجاناً فلا يكون مضمونة عليه ، سواء كان العيب بفعله أم لا ، وان وجدها زائدة زيادة متصلة كالسمن والتعلم فهي للواهب ، لأنها تابعة للعين ، بل داخلية في مسماها أو جزء لها لغةً وعرفاً ، فالرجوع في العين يستتبعها ،

وان وجدها زائدة زيادة منفصلة حساً وشرعاً كالولد الناتج واللبن المحلوب والثمرة المقطوعة والكسب فهي للمتهب ، لأنها نماء حدث في ملكه ، فيختص به وان كانت الزيادة منفصلة حساً كالحمل المتجدد بعد القبض ، واللبن كذلك قبل أن يحلب والثمرة قبل قطافها ، فكذلك على المشهور ، لعين ما تقدم .

قال ابن حمزة : له الرجوع في الأم والحمل المتجدد ، بناءً على أنه كالجذر من الأم ، ومثله الصوف والشعر المنجز ، ولو لم يبلغ أوان جزه ، فان الأشهر تبعيته للعين ، هذا كله اذا كانت الزيادة قد حدثت بعد ملك المتهب للعين ، وذلك بعد العقد والقبض ، وأما لو حدثت قبله فهي كالموجودة قبل الهبة ، فيرجع فيها كما يرجع في العين .

أقول ، قد تقدم الكلام في هذه المسئلة .



كتاب السبق والرماية

السبق بسكون الباء مصدر سبق ، وفي الصحاح مصدر سابق ، قال في المسالك :
وكلاهما صحيح ، إلا أن الثاني أوفق بالمطلوب هنا ، لأن الواقع في معاملته
بين كون العمل بين اثنين فصاعداً فباب المفاعلة به أولى ، والسبق بالتحريك
ما يبذل للسابق عوض سبقه ، ويقال له الخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة
المفتوحين .

قال في كتاب المصباح المنير : «والسبق بفتحين الخطر» ، وهو ما يتراهن عليه
المتسابقان ، وسبقته بالتشديد ، أخذت منه السبق ، وسبقته أعطيته إياه ، قال الأزهري :
وهذا من الأضداد ، انتهى .

قالوا : وفائدته بعث النفس على الاستعداد للقتال والهداية لممارسة النضال ،
لكونه من أهم الفوائد الدينية في الجهاد للأعداء الذي هو معظم أركان الإسلام ،
وبهذه الفائدة خرج عن اللهو والمعب المنهي عنهما ، وعن المعاملة عليهما ،
وأنا أذكر أولاً ما وقفت عليه من الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام في هذا المقام ثم أشفعه
بما ذكره علمائنا الأعلام (رفع الله تعالى درجاتهم في دار المقام) .

الأول - مارواه في الكافي عن طلحة بن زيد (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أجرى الخيل التي أضمرت من الحفيا إلى مسجد بني زريق وسبقها من ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقاً وأعطى المصلي عذقاً وأعطى الثالث عذقاً» قوله عليه السلام «التي أضمرت» أضمار الخيل بعلفها القوت بعد السمن يقال: ضم البعير ضموراً - من باب قعد - : دق وقل لحمه ، قيل - والضمار بالكسر - : الموضع الذي تضر فيه الخيل ، ويكون وقياً للأيام التي تضر فيها ، وتضر الخيل أن يظاهر عليها بالعلف حتى تسمن ، ثم لا تعلق إلا القوت لتخف ، وذلك في مدة أربعين يوماً وهذه المدة تسمى الضمار ، والموضع الذي تضر فيه الخيل أيضاً يسمى مضمار وقيل : هي أن تشد عليها سروجها وتجعل بالأجلة حتى تمرق تحتها ، فيذهب زهلهما ويشدد لحمها ، والحفيا بالحاء المهملة ثم الفاء يمد ويقصر ، موضع بالمدينة على أميال ، وبعضهم يقدم الياء على الفاء كذا في النهاية ، وبنوا زريق بتقديم الزاء حي من الأنصار ، قوله «وسبقها من ثلاث نخلات» هو ما تقدم بفتححتين ، وهو الخطر الذي يقع الراهن عليه ، والعذق بفتح العين المهملة وسكون الذال المعجمة النخلة بحملها .

الثاني - مارواه في الكافي أيضاً عن غياث بن إبراهيم (٢) «عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن علي بن الحسين عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أجرى الخيل وجعل سبقها أوقافاً من فضة والأوقاف بتشديد الياء وتخفيفها جمع أوقية ، وهي أربعون درهماً ، ويقال : أيضاً لسبعة مثاقيل .

الثالث - مارواه في الفقيه مرسل (٣) «قال : قد سبق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أسامة بن زيد وأجرى الخيل» فروي أن ناقة النبي صلى الله عليه وآله وسلم سبقت ، فقال عليه السلام : انها بغت وقالت: فوق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ٢ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ٤٢ ح ١٣٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٧ ح ٦ .

وآله وسلّم) وحق على الله أن لا يبغي شيء على شيء إلا أذكه الله ، ولو أن جبلاً بغي على جبل لهد الله الباغي منهما .

الرابع - مارواه في الكافي عن أبي بصير (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس شيء يحضره الملائكة إلا الرهان وملاعبة الرجل بأهله » .
 قيل المراد بالشئ الأمر المباح الذي فيه تفريح ولذة ، والرهان المسابقة على الخيل ، ونحوها كما يدل عليه الخبر الآتي .

الخامس - مارواه في الفقيه مرسلأ (٢) قال : قال الصادق عليه السلام ان الملائكة لتنفّر عن الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل فانه يحضره الملائكة وقد سبق رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) أسامة بن زيد وأجرى الخيل .

السادس - مارواه في التهذيب عن العلاب بن سيابة (٣) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة من لعب بالحمام ؟ قال : لا بأس اذا لم يعرف بفسق ، ثم قال : وبهذا الاسناد قال : سمعته يقول : لا بأس بشهادة الذي يلعب بالحمام ، ولا بأس بشهادة صاحب السباق المراهن عليه ، فان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) قد أجرى الخيل وسابق ، وكان يقول : ان الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش وما عدا ذلك قمار حرام » .

السابع - مارواه في الفقيه عن العلاء بن سيابة (٤) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام ؟ قال : لا بأس اذا كان لا يعرف بفسق ، قلت : فان من قبلنا يقولون قال عمر : هو شيطان ، فقال : سبحان الله أما علمت أن رسول الله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩ ح ١٠ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ٤٢ ح ١٣٦ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٧ ح ١ و ٦ .

(٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٨٤ ح ٧٨٥ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٠ ح ٢٣ .

وهما في الوسائل ج ١٨ ص ٣٠٥ ح ٢ و ٣ .

(صلى الله عليه وآله وسلم) قال : ان الملائكة لتنفّر عند الرهان ، وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل فانها تحضره ، وقد سبق رسول الله أسامة بن زيد وأجرى الخيل .

الثامن - ما رواه في التهذيب عن عبد الله بن عبد الرحمن (١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : اركبوا وارموا وان ترموا أحب الي من أن تتركبوا ثم قال : كل لهو المؤمن باطل ، إلا ثلاثة : في تأديبه الفرس ، ورميه عن قوسه ، وملاعبته امرأته ، فانهن حق ، إلا ان الله تعالى ليدخل بالسهم الواحد الثلاثة الجنة : عامل الخشبة ، والمقوي به في سبيل الله ، والرامي به في سبيل الله .

التاسع - ما رواه في الكافي عن طلحة بن زيد (٢) «عن أبي عبد الله عن آبائه عليه السلام قال : الرمي سهم من سهام الاسلام» .

العاشر - ما رواه فيه أيضاً عن حفص بن البختري (٣) في الحسن «عن أبي عبد الله عليه السلام أنه كان يحضر الرمي والرهانة» .

الحادي عشر - ما رواه فيه أيضاً بهذا الاسناد (٤) «عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : لا سبق إلا في الخف أو حافر أو نصل يعنى النضال» والمراد بالنضال بالضاد المعجمة المرماة ، والسبق يحتمل أن يكون بالتسكين مصدراً فيفيد الخبر المنع من الرهان في غير الثلاثة المذكورة ، ويحتمل أن يكون بالتحريك بمعنى الخطر فيفيد الخبر المنع من الأخذ والاعطاء في غيرها ، دون أصل المسابقة .

الثاني عشر - ما رواه في الكافي عن طلحة بن زيد (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أغار المشركون على سرح المدينة فنأدى فيها منادياً يأسوء صباحاه ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٠ ح ١٣ ، التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٣٤٨ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩ ح ١١ و ص ٥٠ ح ١٥ .

(٤) و (٥) الكافي ج ٥ ص ٥٠ ح ١٤ و ١٦ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٤ ص ٨٣ ح ٢ و ج ١٣ ص ٣٤٨ الباب ٢ ح ٢ و ٤

و ص ٣٤٨ ح ١ و ص ٣٤٦ ح ٢ .

فسمعها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في الخيل فركب فرسه في طلب العدو وكان أول أصحابه لحقه أبو قتادة على فرس له ، وكان تحت رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سرج دفتاه ليف ، ليس فيه أشرو ولا بطر ، فطلب العدو فلم يلق أحداً وتابعت الخيل ، فقال : أبو قتاده يا رسول الله إن العدو قد انصرف ، فإن رأيت أن نستبق ؟ فقال : نعم فاستبقوا فخرج رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سابقاً ، ثم أقبل عليهم فقال : أنا ابن العواتك من قريش ، انه لهو الجواد البحر ، يعنى فرسه والمراد بالسرّح هو المال السائم ، قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) « أنا ابن العواتك » هو جمع عاتكة وهي المرأة المجرمة بالطيب ، وكان هذا الاسم لثلاث نسوة من أمهاته (صلى الله عليه وآله وسلم) احداهن عاتكة بنت هلال أم عبد مناف بن قصي ، والثانية عاتكة بنت مرة بن هلال أم هاشم بن عبد مناف ، والثالثة عاتكة بنت الأوقص بن مرة بن هلال أم وهب أبي آمنة أم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فالأولى من العواتك عمة الثانية ، والثانية عمة الثالثة ، قيل : وبنوا سليم كانوا يفتخرون بهذه الولادة ، وقيل العواتك في جدات النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) تسع ثلاث من بنى سليم ، وهن المذكورات ، والبواقي من غيرهم .

الثالث عشر - مارواه الحميري في قرب الاسناد عن الحسين بن علوان (١) « عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سابق بين الخيل وأعطى السوابق من عنده » .

الرابع عشر - مارواه في الكتاب المذكور عن أبي البختري (٢) « عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن الحسين عليه السلام أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الخيل وجعل لها سبع أواق من فضة ، وأن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الابل مقبلة من تبوك فسبق الغضباء وعليها أسامة ، فجعل الناس يقولون :

(١) و (٢) قرب الاسناد ص ٤٢ و ٦٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ٣

سبق رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، ورسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يقول : سبق أسامة « هذا ما حضرني من الأخبار .

والكلام فيما ذكره الأصحاب (رحمة الله عليهم) فهو يقع في موارد :

الاول : لاختلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) وغيرهم في ثبوت المسابقة والمرامات وشرعية الجعل عليها .

قال في التذكرة : جواز هذا العقد بالنص والاجماع ، ولا خلاف بين الأمة في جوازه ، وإن اختلفوا في تفصيله ، وفي المسالك : لا خلاف بين جميع المسلمين في شرعية هذا العقد ، وفائدته من أهم الفوائد الدينية ، لما يحصل بها من غلبة العدو في جهاد أعداء الله تعالى الذي هو أعظم أركان الاسلام .

وانما الخلاف عندهم وعند غيرهم أيضاً في لزوم هذا العقد وجوازه ، فذهب جماعة منهم ابن ادريس بل الظاهر أنه أولهم والمحقق الى الأول ، وذهب الشيخ والعلامة في المختلف وغيرهما الى الثاني ، وأنه من العقود الجائزة كالجعالة ، لا اللازمة كالاجارة احتج الأولون بقوله (١) « أوفوا بالعقود » و « المؤمنون عند شروطهم » (٢) .

اجاب في المختلف عن الآية حيث اقتصر على الاستدلال لهم بها ، بأننا نقول بالموجب فإن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه ، فإن كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم ، وإن كان جائزاً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز ، قال : أيضاً ليس المراد مطلق العقود ، وإلا لوجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود الجائزة ، وهو باطل بالاجماع ، فلم يبق إلا العقود اللازمة ، والبحث وقع فيه ، انتهى .

وأما حديث المشروط فيمكن الجواب عنه بما تقدم في الجواب عن الآية ، من أنه أعم من اللزوم وعدمه ، بمعنى أنه مأمور بالوفاء بالشرط ، أعم من أن

(١) سورة المائدة - الآية ١ .

(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

يكون أمراً إيجابياً أو استيجابياً .

نعم يكون لازماً اذا وقع في عقد لازم ، وأورد على ما أجاب به في المختلف بأن الأمر بالعقود عام في جانب المأمور والمأمور به ، فيشمل بعمومه سائر العقود ثم تخصيصه ببعضها ، وإخراج العقود الجائزة ، يبقى العموم حجة في الباقي ، كما هو محقق في الأصول .

وأما قوله ان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم وجواز ، فهو خلاف الظاهر منه ، فان مقتضى الوفاء بالشئ التزامه والعمل بمقتضاه مطلقاً ، انتهى وهو جيد .

وهكذا يقال : بالنسبة الى حديث الشرط فان الأمر بالوفاء بالشرط يقتضي وجوب الوفاء ، لأن الأصل في الأمر الوجوب ، واشترأكه من الوجوب والاستحباب لا يثمر نفعاً ، فان العمل على ما يقتضيه الأصل حتى يقوم دليل على خلافه قال في المسالك ومنشأ هذا الخلاف انها عقد يتضمن عوضاً على عمل ، وهو مشترك بين الاجارة والجمالة ثم انها مشتملة على اشتراط العمل في العوض ، وكونه معلوماً وهو من خواص الاجارة وعلى جواز ابهام العامل في السبق ، وعلى ما لا يعلم حصوله من العامل ، وعلى جواز بذل الأجنبي ، وهو من خواص الجمالة فوق الاختلاف بسبب ذلك ، فعلى القول بأنها جمالة يلحقها أحكامها من الاكتفاء بالايجاب تكون جائزة ، وعلى القول بالاجارة يفتقر معه الى القبول وتكون لازمة ، ويمكن أن يجعل عقداً برأسه ، نظراً الى تخلف بعض خواصها عن كل من الأمرين على حديه ، كما عرفت ، ويقال حينئذ بلزومها لعموم الآية ، وهذا أجود ، اللهم إلا أن يناقش في أن الجمالة ليس عقداً فلا يتناول الآية لها ولظواهرها ، ويرجع الى أصالة عدم اللزوم حيث يقع الشك في كون المسابقة عقداً أم لا انتهى .

أقول : لا يخفى على من راجع الأخبار التي قدمناها وهي أخبار المسئلة التي وردت فيها وليس غيرها في الباب ، أنه لا دلالة في شيء منها على وقوع عقد

ولا إيجاب ولا قبول بالكلية ، وغاية مادلت جملة منها على أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الخيل وسابق وأعطى السابق كذا وكذا ، والمفهوم منه هو حل ما يؤخذ من المال على هذه المعاملة وأما كونه على جهة اللزوم والوجوب فلا ، إلا إن يقال : بوجوب الوفاء بالشرط ، وأن إعطاء المال لا يلزم أن يكون من المسبوق ، فإن الظاهر أن إعطاءه (صلى الله عليه وآله وسلم) ذلك ليس من حيث كونه مسبوقاً ، وإنما هو متبرع منه ، لمن حصل له مزية السبق .

وظاهر الأخبار المذكورة بل صريحها أن هذه معاملة برأسها ، وهي من قبيل الرهان ، إلا أنه غير محظور كسائر أفراد الرهان ، كما ينادى به الخبر الرابع والخامس والسادس والسابع والعاشر (١) حيث سمي هذه المعاملة فيها رهاناً وأنه رهان حق جائز شرعاً ، يحل ما أخذ عليه قال في القاموس : والمرهنة والرهان : المخاطرة والمسابقة على الخيل ، انتهى وهو ظاهر في المراد .

وحينئذ فقد اتفقت الأخبار وكلام أهل اللغة على هذه التسمية ، وتجعل معاملة برأسها كما في أفراد الرهان إلا أنها حق ، وما يؤخذ عليها حلال ، وما عداها باطل ، وما يؤخذ عليه حرام .

وأما الكلام في لزوم ما يجعل خطراً فالظاهر ذلك ، لما عرفت من وجوب الوفاء بالوعد والوفاء بالشرط ، هذا ما يفهم من الأخبار المذكورة ، وما أطالوا به في هذا المقام من الاختلاف في كونها اجارة فيتفرع عليها ما يتفرع على الاجارة أوجعالة فكذلك ، كله تطويل بغير طائل ، وتحصيل لغير حاصل ، كما لا يخفى على من لاحظ الأخبار المذكورة ، وإنما كلامهم هنا جرى على مجرى بحث العامة في المسئلة ، وهذه التفريعات والاختلافات كلها تبعاً لهم ، كما عرفت في غير مقام مما سبق ، ومن رجع إلى الأخبار الواردة في المسئلة عرف صحة ما قلناه ، ووضح ما فصلناه ، والله العالم .

المورد الثاني : قد صرح الأصحاب (رضي الله عنهم) بأنه يقتصر في جواز المسابقة على النصل والخف والحافر وقوفاً على مورد الشرع، وأنه يدخل تحت النصل السهم والنشاب والحراب والسيف، وأن الخف يتناول الأبل والفيلة اعتباراً باللفظ وأنه لا تجوز المسابقة بالطيور ولا على القدم، ولا بالسفن ولا المصارعة .

أقول : وتحقيق الكلام فيما ذكره يقع في مقامات : أحدها - أن ظاهر قولهم أنه يقتصر على هذه الثلاثة وقوفاً على مورد الشرع هو أن هذه المعاملة على خلاف الأصل ، بمعنى القواعد الشرعية ، لاشتمالها على اللهو واللعب والقمار في بعض الوجوه ، وهذه الأشياء مما نهت عنها الشريعة المحمدية ، فالأصل أن لا يصح منها إلا ما ورد الشرع بالأذن فيه ، وهو كلام حق ، إلا أنك قد عرفت أن ما قدمناه من الأخبار قد اشتمل على زيادة الريش والمراد به الحمام ، فيجوز المسابقة بها أيضاً ، وعليه يدل الخبر الخامس والسادس والسابع (١) ، فهذه الأخبار الثلاثة كلها دالة على جواز المسابقة بالحمام ، والثلاثة التي خصوا الجواز بها لم ترد إلا في الخبر الحادي عشر (٢) خاصة ، والعجب هنا من قول شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد قول المصنف أنه لا يجوز المسابقة بالطيور إلى آخر ما قدمنا ذكره، وجه المنع من هذه الأمور الحصر المستفاد من الخبر السابق المقتضي لنفي مشروعيتها ماعدا الثلاثة ، والنهي عنه الشامل لهذه الأمور وغيرها ، انتهى .

وعلى هذا النهج كلام غيره وظاهرهم الاتفاق على الحصر في الثلاثة المذكورة، وأن غيرها غير منصوص في الأخبار ، وحملهم على عدم الوقوف على شيء من هذه الأخبار - من الصدر السابق منهم كالشيخ الذي هو أول من صرح بهذا الحكم إلى أن وصلت النوبة إلى هؤلاء المتأخرين - لا يخلو من بعد ، وأبعد منه أنهم يقفون عليها ولا يقولون بها ، ولا يتعرضون للجواب عنها بوجه من الوجوه .

(١) ص ٣٥٥ .

(٢) ص ٣٥٦ .

وأما ما استدل به من الحصر في الخبر المذكور فيمكن الجمع بينه وبين هذه الأخبار الدالة على جواز المسابقة بها على الحمل على الفرد الضروري منه الذي يعتد به من حيث يحتاج إليه الجهاد ، ونحوه ، أو يراد باعتبار الغالب ، فإن الغالب من أفراد المسابقة هو هذه الثلاثة ، للعلّة المذكورة ، وإن جاز السبق في غيرها والأخبار المذكورة لا يمكن حملها على التقيّة ، لئتم ما ذكره ، فإن ظاهر قوله في الحديث السابع قال عمر : هو الشيطان بعد قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لأبأس باللعب بالحمام الظاهر في إرادة المسابقة بها ، يشعر بأن العامة تنكر جواز اللعب والمسابقة بها ولهذا استدل عَلَيْهِ السَّلَامُ على رد كلامهم بالخبر الذي نقله عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الصريح في جواز المسابقة بها ، ولم أقف لأحد من أصحابنا حتى من متأخري متأخريهم على الجواب عن هذه الأخبار التي ذكرناها ، ولا على قول أحد منهم بها .

وبالجملة فالظاهر هو القول بما دلت عليه الأخبار المذكورة ويؤيده ما اشتملت عليه من عدم منافات ذلك للعدالة وعدم كونه مستوجبا للفسق ، فإن المراد باللعب بالحمام فيها إما المسابقة ، كما هو ظاهر الخبر السابع ، أو الأعم ، وإذا ثبت أن ذلك لا ينافي العدالة وجب الحكم بجوازه ، وأنه لا يكون من قبيل اللعب واللهو المنهي عنه المخل بالعدالة ، والموجب للفسق اتفاقاً ، وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لاسترة عليه ، ولا يأتيه الباطل من خلفه ولا من بين يديه ، ومما يدل على ما قلنا ما رواه زيد النرسي (١) في كتابه « عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : سمعته يقول اياكم والرهان ، إلا رهان الخف والحافر والريش فإنه يحضره الملائكة » .

وثانيها - أن ما ذكر من أنه يدخل تحت النصل الأربعة المعدودة ، ففيه أن ظاهر الصحاح هو اتحاد السهام والنشاب ، حيث قال : النشاب السهام ، وحينئذ فالعطف هنا يصير من قبيل عطف المرادف .

وظاهر كلام الشيخ أن هذه التسمية بهذين الاسمين مع كون المسمى واحداً إنما هو باعتبار اللغات ، فيقال : للنصل نشابة عند العجم ، وسهم عند العرب ، وحينئذ فيكون العقد دائماً هو بهذا الاعتبار ، وزاد الشيخ المرازيق قال وهي الرد بنيات والرماح والسيوف .

قال في المسالك : اعلم أن حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لفظة وعرفاً ، فلا يدخل فيه مطلق المحدد كالديبوس وعصى المدافع ، اذا جعل في رأسها حديدة ونحو ذلك عملاً بالأصل السابق ، قال في الصحاح : النصل نصل السهم والسيوف والسكين والرمح ، ويحتمل الجواز بالمحدد المذكور ، اما بادعاء دخولها في النصل أو لافادتها فائدة النصل في الحرب ، وقد كان بعض مشايخنا المعتمدين يجعل وضع الحديدة في عصي المدافع حيلة على جواز الفعل ، نظراً الى دخوله بذلك في النصل ، انتهى .

وثالثها - أنه لا خلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) فيما ذكر من دخول الابل والفيلة تحت الخف ، والفرس والبغل والحمار تحت الحافر ، وانما نقل الخلاف عن بعض العامة في الفيل ؟ قال : لأنه لم يحصل به الكر والفر فلا معنى للمسابقة عليها ، ورد بعموم الخبر ، وكذا نقل الخلاف عن بعضهم في جواز المسابقة على البغل والحمار ، قال : لأنهما لا تقاتل عليهما غالباً ، ولا يصلحان للكر والفر ، ورد أيضاً بما رده سابقه .

أقول : لا يخفى أنه بالنظر الى ما قدمنا نقله عنهم ، من أن فائدة هذا العقد وتعلم سبق الرماية هو الممارسة لذلك ، لأجل جهاد أعداء الدين ، فان قول هذين القائلين من العامة هنا لا يخلو من قرب ، فان الجهاد لا يقع على هذه المذكورات لاسبقاً ولا لاحقاً ، ويؤيده أن الاطلاق في الأخبار انما يحمل على الأفراد الشائعة المتكررة الوقوع ، دون الشاذة النادرة الوقوع ، فضلاً عن غير الواقعة بالكفاية ، ولهذا ان أمير المؤمنين عليه السلام كان يركب في الحرب بغلة رسول الله

(صلى الله عليه وآله وسلم) فعوتب على ذلك ، فقال : اني لأفرعن من أقبل ، ولا أتبع من أدبر ، والبغلة يكفني ، وهو ظاهر فيما قلناه من أنها لاتصلح للجهاد عليها ، ويؤكد أنه الأخبار المتقدمة وهي أخبار المسئلة كملا لايشمل على غير الخيل ، والنوق من ذوات الحافر والخف ، وليس فيها تعرض ولا اشارة لمثل القيل والبغال والحمير بالكلية .

وبالجملة فانه لولا الاتفاق على الحكم المذكور لكان القول بما ذكره هؤلاء قويا ، فان الأخبار اذا ضم مطلقها الى مقيدها علم منه حمل الحافر على الخيل خاصة ، والخف على البعير خاصة ، وهكذا القول في البغل أيضاً ، فان ما ذكره من تعدية الحكم الى ما يصدق عليه النصل من تلك المعاني ، مع كون الوارد في الأخبار المتقدمة أنما هو السهام والنشاب التي ترمى عن القوس بعيد غاية البعد ، ويؤيد ما قلناه تفسيره في الخبر الحادى عشر الذي هو مستندهم في الحصر في الثلاثة النصل بالنضال وهي المراماة بالسهم كما تقدم ذكره ، وحينئذ فلو قيل بالتخصيص بذلك لكان في غاية الجودة .

ورابعها - ما ذكر من أنه لا يجوز المسابقة بغير ما تقدم من الطيور الى آخره .

أقول : أما الكلام في الطيور موضع وفاق عندنا ، وفيه تأييد لما قدمنا ذكره من عدم المسابقة على الفيلة والبغال والحمير ، لأنها ليست مما يقع الحرب عليها ، كما قدمنا ذكره .

وأما السبق على القدم فقد روى العامة عن عائشة أنه (صلى الله عليه وآله وسلم) سابقها بالقدم مرتين ، سبق في أحديهما وسبق في الأخرى ، ورواه ابن الجنيدي كتابه الأحمدى واستدل به على جوازها بغير عوض ، حيث لم يذكر العوض ، وروا عنه (١) (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه صارع ثلاث مرات في كل مرة على

(١) المستدرک ج ٢ ص ١٧٥ الباب ٤ ح ٢ بتفاوت .

شاة، فصرع خصمه في الثلاث وأخذ ثلاث شياة، ولم ثبت شيء من ذلك في أخبارنا ولم يقل به إلا ابن الجنيد من أصحابنا قالوا والخبر السابق المتفق عليه يدفعه، وأشاروا به إلى الخبر الحادى عشر (١) وهو خبر الحصر في الثلاثة، ثم انهم اختلفوا في جواز هذه الأمور لو خلت من العوض، فقيل بجوازها لأصالة الجواز، وأنها قد يراد بها غرض صحيح، وقيل: بالعدم لعموم النفي السابق الشامل للعوض وعدمه.

والذي وقفت عليه في هذا المقام من الأخبار ما رواه الصدوق في الأمالي عن ابن المتوكل عن السعد آبادى عن البرقى عن أبيه عن فضالة عن زيد الشحام (٢) «عن الصادق عن آبائه عليهم السلام قال: دخل النبي صلى الله عليه وآله وسلم ذات ليلة بيت فاطمة عليها السلام ومعه الحسن والحسين عليهما السلام فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم ليله عليه وآله وسلم قوما فاصطربا فقاما ليضطربا وقد خرجت فاطمة عليها السلام في بعض حاجاتها فدخلت فسمعت النبي صلى الله عليه وآله وسلم عليه وآله وسلم وهو يقول: أبه يا حسن شد على الحسين، فأصرعه، فقالت يا أبه وأعجبا اتشجع الكبير على الصغير؟ فقال: يا بنية أما ترضين أن أقول أنا يا حسن شد على الحسين، فأصرعه وهذا حبيبي جبرئيل عليه السلام يقول: يا حسين شد على الحسن فأصرعه».

وما رواه علي بن جعفر (٣) في كتاب المسائل عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن المحرم هل يصلح أن يصارع؟ قال: لا يصلح مخافة أن يصيبه جرح أو يقع بعض شعره.

وما رواه في كتاب بشارة المصطفى لشيعته المرتضى للشيخ الفقيه محمد بن أبي القاسم علي الطبري بسنده فيه عن أبي رافع (٤): قال: كنت ألاعب الحسن

(١) ص ٣٥٦

(٢) المستدرک ج ٢ ص ١٧٢ الباب ٤ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٤ ص ٣٦٧ ح ١٠ ، الوسائل ج ٩ ص ١٨٠ الباب ٩٤ ح ٢ .

(٤) المستدرک ج ٢ ص ١٧٢ الباب ٤ ح ٣ .

بن علي (صلوات الله عليهما) وهو صبي بالمداحي (١) فإذا أصابت مدحاتي مدحاته قلت : أحملني فيقول : ويحك اترك كعب ظهرأ حملة رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأتركه فإذا أصاب مدحاته مداحتي ، قلت له : لأأحملك كما لم تحملني فقال : أما ترضى أن تحمل بدنا حملة رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأحملة .

وهذه الأخبار كما ترى ظاهرة في الجواز فيما اختلفوا فيه ، ولم أقف فيما حضرني من كتب اللغة على المعنى المراد من المدحاة هنا ، وبعض الأصحاب قد فرع الكلام على لفظ السبق في الخبر الحادي عشر ، فان قرئ بفتح الباء وهو المشهور في الرواية على ما نقله في المسالك فانه يفيد عدم مشروعية العوض إلا في الثلاثة المذكورة ، ولا تعرض في الخبر حينئذ لماعدا صورة الخطر والعوض ، فيبقى على أصالة الجواز ، وان قرئ بالسكون على أن يكون مصدراً فانه يفيد نفي المصدر مطلقاً ، فيدل على المنع عدا المستثنى مطلقاً .

وأنت خير ، بانه باعتبار تعارض الاحتمالين المذكورين لا يمكن الاستدلال بالخبر على المنع ، فتبقى أصالة الجواز خالية من المعارض ، وتخرج الأخبار المذكورة شاهداً على ذلك ، مضافاً الى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها .

المورد الثالث : في أسماء خيل الحلبة وأسماء السهام وما يتبع ذلك ويلحق به ، والكلام هنا يقع في مواضع أيضاً :

الأول - ينبغي أن يعلم ان الحلبة وزان سجدة هي الخيل تجمع للسباق وقد جرت عاداتهم بتسمية غيره من خيل الحلبة ، وليس لما بعد العاشر منها اسم ، إلا أن الذي يجيء في آخر الخيل كلها يسمى الفسكل .

فأول العشرة ، المجلى بالجيم وهو السابق أولاً قيل سمي بذلك لأنه جلّى عن

(١) النهاية الاثيرة ج ٢ ص ١٠٦ ومنه حديث أبي رافع « كنت الاعب الحسن والحسين (عليهما السلام) بالمداحي وهي أحجار أمثال القرصة ، كانوا يحفرون حفيرة ويدحون فيها بتلك الاحجار ، فان وقع الحجر فيها قد غلب صاحبها ، وان لم يقع غلب والدحو : رمى اللاعب بالحجر والجوز وغيره .

نفسه أي أظهره أو جلى همه حيث سبق ، والمشهور أن السبق يحصل بالتقدم بعنق دابته ، وكتدها يفتح التاء المثناة من فوق وكسرها ، وهي العالي بين أصل العنق والظهر ، ويعبر عنه بالكاهل ، وقال في الروضة : والكتد يفتح الفوقانية أشهر من كسرها مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر ، نقل عن ابن الجنيدي أنه يكتفى في التقدم بالاذن لقوله (١) (صلى الله عليه وآله وسلم) « بعثت والساعة كفرسي رهان » كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه ، وأجيب مع تسليم ثبوت الخبر بالحمل على المبالغة ، وأن ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حد قوله من بنى مسجداً ولو كمفحص فلما بنى الله له بيتاً في الجنة ، (٢) مع امتناع مسجد كذلك .

ثم المصلي ، وسمى بذلك لأنه يحاذي برأسه صلوى المسابق ، والصلوان عبارة عن العظمين النابتين عن يمين الذنب وشماله .

ثم الثالث ، ووجه التسمية فيه ظاهر ، ثم البارع لأنه برع المتأخر عنه ، أي فاقه ، ثم المرتاح ، وهو الخامس قيل : سمي به لأن الانتاح النشاط ، فكانه نشط فلحق بالسوابق ، ثم الخطي وهو السادس لأنه خطى عند صاحبه حتى لحق السوابق أي صار ذا خطوة عنده إلى نصيب أو في مال الرهان ، ثم العاطف وهو السابع ، لأنه عطف إلى السوابق أي مال إليها ، وكر عليها ليلحقها ، ثم المؤمل وهو الثامن لأنه يؤمل اللحق بالسوابق ، ثم اللطيم وهو التاسع ، وزان فعيل بمعنى مفعول ، لأنه يلطم إذا أراد الدخول إلى الحجرة الجامعة للسوابق ، ثم السكيت مصغراً مخففاً ، ويجوز تشديده ، وهو العاشر سمي به لسكوت صاحبه إذا قيل لمن هذا أو لانقطاع العدد ، وقيل : إن السكيت هو الفسكل وهو آخر فرس يجيء في الرهان .

قالوا : والمحلل وهو الذي يدخل بين المتراهنين ، ولا يبذل معهما عوضاً بل

(١) مسند أحمد بن حنبل ج ٥ ص ٣٣١ وفيه مثلي ومثل الساعة كمثل فرسي رهان وفي الجامع الصغير ج ١ ص ١٢٦ « بعثت أنا والساعة كهاتين » وما عثرنا على نص الرواية المنقولة في المتن .

(٢) الوسائل ج ٢ ص ٤٨٦ ح ٢ .

يجزى فرسه بينهما أو على أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد ، وحكمه أنه ان سبق أخذ العوض المبذول للسابق ، وان سبق لم يغرم شيئاً ، وسمى محللاً لأن العقد لا يحل بدونه عند ابن الجنييد والشافعي ، أو يحل به إجماعاً بخلاف ما اذا خلى عنه ، فان فيه خلافاً ، وسيأتى الكلام فيه ، ان شاء الله تعالى .

قالوا : والغاية مدى السباق ، ولاريب أن غاية الشيء منتهاه ، ومد السباق وان كان المتبادر منه مسافة السباق التي تجرى فيها الخيل إلا أن المراد به لغة وعرفاً انما هو بمعنى الغاية كما ذكره ، فالمراد من مد السباق منتهاه وغايته ، لامسافته ، فان في القاموس المدى كالفتى الغاية ، وقال في كتاب المصباح المنير : والمدى بفتحين الغاية ، وبلغ مدى البصر : أي منتهاه وغايته .

ثم اعلم أنه قد عنون أكثرهم هذا الكتاب بكتاب السبق والرماية ، ومنهم المحقق في الشرايع ، وهو ظاهر في اختصاص السبق بالخيل والابل ، والرماية بالسهم ، مع أنه قال بعد ذلك والمناضلة المسابقة ، والمرامة والمناضلة لغة انما هي الرمي ، قال الجوهري : ناضله أي راماه ، ويقال : ناضلت فلاناً فنضلته ، اذا غلبته ، وانتضل القوم وتناضلوا أي رموا للسبق .

وقال في كتاب المصباح المنير : « ناضلته مناضلة ونضالاً راميته ، فنضلته نضالاً من باب قتل غلبته في الرمي » ، وهو ظاهر في تخصيص المناضلة بالرمي ، ولهذا قال في المسالك : وأما اطلاق المناضلة على ما يشمل المسابقة فليس بمعروف لغة ولا عرفاً ، ولعل المصنف ومن تبعه في ذلك تجوزوا في الاطلاق ، وبعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقة والمناضلة ، وهو الموافق لما نقلناه عن أهل اللغة ، ويشير الى ذلك كلامه في التذكرة حيث قال : والسباق اسم يشمل المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازاً ، ولكل واحد منهما اسم خاص ، فيختص الخيل بالرهان ويختص الرمي بالنضال ، وهو ظاهر في أن المناضلة حقيقة انما هي بمعنى الرمي .

الثاني - اعلم أن الفقهاء من الخاصة والعامة ذكروا في هذا الكتاب جملة

من الاصطلاحات في أسماء السهام ، وما يتعلق بالرمي ، وهو مؤيد لما قدمناه من أن المراد بالنصل في الخبر المتقدم إنما هو هذا الفرد ، لا ما يطلق عليه لغة كما ذكرناه . قالوا : والرشق بفتح الراء الرمي ، وهو مصدر رشقه يرشقه رشقاً ، إذا رماه بالسهم ، وبالكسر عدد ما يرمى به من السهام ، يقال : رمى رشقا بكسر الراء أي رمى بسهامه التي يريد رميها كلها .

قال في المصباح المنير : رشقته بالسهم رشقا من باب قتل ، وأرشقته بالألف لغة رميته به ، والرشق بالكسر الوجه من الرمي إذا رمى القوم بأجمعهم جميع السهام وحينئذ يقال : رمى القوم رشقاً ، قال ابن دريد : الرشق السهام نفسها التي ترمى والجمع ارشاق مثل حمل واحمال ، انتهى .

ولو حصل الاتفاق على رمي خمسة خمسة فكل خمسة يقال لها رشق ، ونقل عن بعض أهل اللغة أنه خصه ما بين العشرين والثلاثين ، ويقال رشق وجه ويد بكسر الراء ، ويراد به الرمي ولأى حتى يفرغ الرشق ، قال في المسالك : بمعنى أنه مشترك بين العدد الذي يتفقان عليه ، وبين الوجه من الرمي لذلك العدد ، فكما يقال : رموا رشقاً أو عدداً اتفقوا عليه ، كذلك يقال : رموا رشقاً إذا رموا بأجمعهم في جهة واحدة .

قال الجوهري : الرشق الاسم ، وهو الوجه من الرمي ، فاذا رمى القوم بأجمعهم في جهة واحدة قالوا : رمينا رشقاً ، والمراد برشق اليد هذا المعنى أيضاً ، وأضافته إلى اليد ، كإضافته إلى الوجه ، فيقال : رشق يد ورشق وجه إذا كانت جهة الرمي واحدة ، ويمكن مع ذلك إضافته إليهما كما يظهر من كلامهم .

الثالث - قد ذكر الفقهاء للسهم عند الإصابة للغرض أوصافاً فنقل عن التذكرة أنه ذكر فيها أحد عشر اسماً : وفي التحرير ستة عشر اسماً ، ونقل في المسالك عن كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسماً ، وذكر المحقق في الشرايع منها ستة ، لكن ذكر الخمسة الأول جازماً بالتسمية ، وأما السادس فنسبه إلى القول بذلك

فقال : ويقال المزدلف ، وفي المسالك أنه ذكر ستة أوصاف وأردفها بسابع ، والمذكور
انما هو خمسة ، كما سنذكره ان شاء الله تعالى واحداً واحداً وأردفها بسادس .

قال في المسالك : والغرض من ذلك اعتبار صفة في عقد الرماية ، فلا يستحق
العوض المشروط أن يصيبه بما هو أبلغ منه .

أقول : ومما ذكره المحقق المشار اليه من الأسماء احدها - الحابي بالياء
اخيراً ، قال في كتاب المصباح : حبا الصبي يحبو حبواً اذا أدرج على بطنه وحبا
الشيء دنا ، ومنه حبا السهم الى الغرض وهو الذي يزحف الأرض ثم يصيب الهدف
فهو حاب وسهام حواب ، انتهى .

والمراد أنه يقع دون الهدف ثم يحبو الى الغرض فيصيبه ، وقوله زلج على
على الأرض أي زلق قال في القاموس الزلج محركة الزلق ويسكن ، وفي الصحاح
مكان زلج بسكون اللام وتحريكها أي زلق والزلج الزلق وسهم زالج أي يزlj
عن القوس .

وثانيها - الخاصر بالخاء المعجمة ثم الصاد المهملة ، وهو الذي يصيب أحد
جانبى الغرض ، مأخوذ من الخاصرة ، لأنها في أحد جانبي الانسان ، فهو بأصابته
أحد جانبي الغرض كأنه أصابه في الخاصرة ، ولم أقف فيما حضرنى من كتب
اللغة على هذه التسمية ، سيما القاموس المحيط بجميع المعاني ، وان كانت موجودة
في كتب الفقهاء ، قيل ويسمى أيضاً جابراً ، وقيل : الجابر ما سقط من وراء الهدف ،
وقيل : ما وقع في الهدف من أحد جانبي الغرض ، فعلى هذا ان كانت الاصابة
مشروطة في الغرض فالجابر مخطيء ، وان كانت مشروطة في الهدف فهو مصيب .
أقول : ولم أقف أيضاً على هذا الاسم أي نحو كان من هذه المعاني في القاموس
ولا غيره مما حضرنى من كتب اللغة .

وثالثها - الخازق بالخاء والزاي المعجمتين ، قالوا : وهو ما يخذل الغرض ،
وظاهره أنه يثقب فيه ، وبذلك صرح في القواعد فقال : الخازق ما خدشه ، ثم

وقع بين يديه ، وفي التحرير أنه ما خدشه ولم يثقبه ، الا أن كلام أهل اللغة على خلاف ذلك فانهم صرحوا بأنه الذي ينفذ في الغرض ، قال في كتاب المصباح المنير وخزق السهم القرطاس: نفذ منه فهو خازق ، وجمعه خوازق ، والمراد بالقرطاس هنا الغرض ، أعم من أن يكون قرطاساً أو غيره ، مما ستقف عليه ان شاء الله تعالى .
وفي النهاية الأثرية خزق السهم ، وخسق : اذا أصاب الرمية ونفذ فيها ، وسهم خازق وخاسق .

وظاهر الصحاح والقاموس هو مجرد الاصابة ، وهو أعم الأقوال الثلاثة ، قال في الصحاح في باب السين يسمى الغرض قرطاساً ، يقال : رمى مقرطس اذا أصابه ، وفي القاموس خزقه يخزقه طعنه ، والخازق السنان ، ومن السهام المقرطس ، وقال في الصحاح أيضاً الخازق من السهام المقرطس ، والخاسق لغة في الخازق ، وهو موافق لما تقدم نقله من النهاية من ترادف هذين اللفظين ، ونقل في المسالك عن الثعالبي في كتاب سر العريية اذا أصاب الهدف فهو مقرطس ، وخازق ، وخاسق وصايب وهذا أيضاً أعم من أن يخدشه أم لا ، ويثبت فيه أم لا ، وهو موافق لما تقدم نقله عن الصحاح والقاموس .

ورابعها - الخارق بالخاء المعجمة والراء المهملة ، وهو الذي يخرج من الغرض نافذاً وهذا المعنى موافق لما هو المفهوم من حاق هذا اللفظ عرفاً ولغة ، لأن الخرق الثقب والشق ، سواء نفذ فيه أو سقط منه ، الا أن هذا الاسم غير موجود في جملة الأسماء المعدودة للسهم في غير هذا الكلام ، كما اعترف به في المسالك حيث قال بعد ذكر المصنف له وكلام في البين : لكنه ليس من أسمائه لغة ولم يذكره أحد من أصحاب الكتب الأربعة اللغوية السابقة ، ولا غيرهم ممن وقفت على كلامه ، وفي بعض نسخ الكتاب المارق بالميم بدل الخارق ، وهو الصواب الموافق لكلام أهل اللغة لقباً وتعريفاً وفي التحرير جعل الخارق بمعنى الخاسق ، وقد تقدم وجعل الخازق بالزاي المعجمة مغايراً له كما مر خلاف ما

ذكره أهل اللغة ، ولوحمل في كلامه الخارق بالراء المهملة على الخازق بالزاء المعجمة ليكون مرادفاً للخاسق كان موافقاً لكلام أهل اللغة ، لكن ذكره بعد ، ذلك الخازق وتعريفه بأنه ما خدشه ولم يثقبه ، يوجب تعيين كونه بالزاء المعجمة لا الراء اذ لم يحصل فيما ذكره خرق ، والذي يظهر أنه وقع في التحرير ضرب من التصحيف والسهو عن تحرير كلام أهل اللغة ، لأن جعله الخازق مرادفاً للخاسق موافق لكلام أهل اللغة ، لكن بشرط كونه بالزاء المعجمة ، ثم لما ذكر الخازق بعد ذلك كان حقه أن يكون بالمهملة فعرفه بما ينافي ذلك ، ويوافق تعريف المصنف في الخازق بالمعجمة ، فوقع الاضطراب ، وفي التذكرة جعل الخارق ما أثر فيه ولم يثبت ، والخاسق ما ثقبه وثبت فيه ، كما ذكره المصنف هنا في الخازق بالمعجمة ، فجعلهما متغايرين ، ولم يتحقق منه ضبط الراء ، ولا ذكر الأمرين ، فالإلتباس فيه أشد لأنه ان جعل بالراء وافق كلام التحرير وخالف مفهومه لغة ، وان جعل بالزاء وافق كلامه في القواعد ، وكلام المصنف هنا ، وخالف كلامه أهل اللغة ، انتهى كلامه (زيد مقامه) .

وخامسها - الخارم بالخاء المعجمة وهو الذي يخرم حاشية الغرض بأن يصيب طرفه فلا يثقبه ولكن يخرمه .

قال في المسالك أيضاً : وهذا الاسم لم يذكره أيضاً أهل اللغة ، وان كان مناسباً له ، وقد ذكروا للسهم أسماءً آخر غير ما ذكر ، فتر كنا ذكرها تبعاً لاختصاره ، هذا ما ذكره المحقق في الشرايع .

ثم قال : ويقال المزدلف الذي يضرب الأرض ، ثم يثيب الى الغرض ، ونسبته الى القول المجهول - وعدم نظمه في سلك الخمسة المتقدمة - يؤذن بنوع توقف فيه ، وهذا هو السادس الذي أشرنا اليه آنفاً ، وبذلك يظهر لك ما في كلام شيخنا في المسالك الذي قدمنا ذكره ، من أن المصنف ذكر هنا ستة ، وأردفها بسابع ، بل المذكور فيه انما هو خمسة ، مردفة بالسادس كما ذكرناه ، وأصل الازدلاف

التقدم ، وخصه هنا بما يقع على الأرض ثم يتقدم الى الغرض ، وعلى هذا يكون مرادفاً للحاجي ، وبذلك صرح في القواعد أيضاً ، فقال بعد تعريف الحاجي : وهو المزدلف ، إلا أن المفهوم من كلام المحقق حيث ذكر الحاجي أولاً جازماً به ، وذكر المزدلف أخيراً ناسباً له الى قيل : هو المتغيرة ، ولعل ذلك بقوة الوقوع على الأرض في المزدلف للتعبير عنه بالضرب المقتضى لقوة اعتماده ، وضعفه في الحاجي حيث اقتصر على مجرد زلفه على الأرض ، وبذلك يحصل التباين ، وهو الظاهر من التذكرة على ما نقل فيها حيث قال : فيها ان المزدلف أشد ، والحاجي أضعف .

الرابع - قال : الغرض ما يقصد اصابته وهو الرقعة والهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب وغيره ، وذلك فانهم يرتبون تراباً أو حايطاً ينصب فيه الغرض فيسمون ذلك التراب أو الحائط هدفاً وما يصنعونه فيه من جلد أو قرطاس أو نحو ذلك لأجل الرمي يسمونه غرضاً ، وبعضهم كما عرفت آنفاً يسمي المنسوب في الهدف قرطاساً ، سواء كان كاغذاً أو غيره ، وهو ظاهر في مرادفة الغرض والقرطاس ، وقد تقدم نقل ذلك عن المصباح المنير والصحيح .

وقد يجعل في الغرض نقش كالللال يقال له الدائرة ، وفي وسطها شيء آخر يقال له الخاتم ، والغرض من بيان الغرض والهدف والدائرة هو أن كلاً من هذه الأشياء المذكورة محل للاصابة ، وربما كان شرط الاصابة وغرضها يتعلّق بكل واحد من هذه المذكورات ، فان الاصابة في الهدف أو في الدائرة أضيق ، وفي الخاتم أدق ، وهذه المذكورات اصطلاح الرماة ، وعليها جرى الفقهاء في هذا الكتاب وأما المذكور في اللغة فانه ظاهر في المرادفة بين الغرض والهدف ، قال في كتاب المصباح المنير : الغرض : الهدف الذي يرمى اليه ، والجمع أغراض وقال في القاموس : الغرض محرّكة الهدف يرمى فيه ، وفي الصحيح : الغرض : الهدف الذي يرمى فيه ، ثم انهم قالوا : الرماة قسمان مبادرة ومحاطة ، والمراد من المبادرة أن يتفقا على رمي عدد معين كعشرين سهماً مثلاً ، فمن بدر الى اصابة عدد معين منها كخمسة ،

فهو ناضل، لمن لم يصيب أو أصاب مادونه، والمراد من المحاطة بتشديد الطاء أن يقابل اصابتها من العدد المشتركة ويطرح المشترك من الاصابات : فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلاً ففاضل للآخر فيستحق المال المشروط في العقد .

أقول : والظاهر أن هذا أيضاً من اصطلاح الرماة ، وعليه جرى الفقهاء ، فانه لا وجود له في كلام أهل اللغة ، ولا في الأخبار التي قدمناها ، ولو بالاشارة ، وحيث أن جميع ما ذكر في هذا الكتاب زيادة على ما قدمناه كله من هذا القبيل ، فليس في ذكره إلا مجرد التطويل ، رأينا الاعراض عن التعرض له ، أوفق بالوقوف على الدليل ، والاشتغال بما هو أهم أولى وأتم ، سيما مع ندور وقوع المسابقة والمراماة في هذه الأوقات ، بل عدمها لعدم ما يترتب عليها من الفائدة في جملة الأزمان والانات ونحن قد ذكرنا منها ما يتعلق بالأخبار التي قدمناها في المقام ، وما عداها مما لانص عليه فهو عندنا في قالب الاعدام ، والله الهادي لمن يشاء .



كتاب الوصايا

وهو جمع وصية واشتقاقها اما من وصى يصى أو أوصى يوصى أو وصى بالتشديد يوصى .

قال في كتاب المصباح المنير: وصيت الشيء بالشيء أصيه من باب وعد وصلته، ووصيت الى فلان توصية وأوصيت اليه ايضاء وفي السبعة « فمن خاف من موسى » بالتخفيف والتثقيل والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة ، انتهى .

واختار ابن ادريس المعنى الأول فقال الوصية مشتقة من وصى يصى ، وهو الوصل قال الشاعر : « ذوالرمة تصى الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمة لسبق اتصافها السفر » ثم قال : ويقال منه أوصى يوصى ، ووصى يوصى توصية ، ونقل عن المحقق الشيخ علي (رحمة الله عليه) اختيار الثاني ، وعلى هذا فتسمية هذا التصرف وصية لما فيه من وصله التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة ، هذا على المعنى الأول ، وعلى الأخيرين فالوصية بمعنى العهد ، يعنى أنه عهد اليه بتلك الأمور الموصى بها ، فان الوصية لغة بمعنى العهد ، والأصل فيها الكتاب كما دلت عليه جملة من آياته والسنة ، والاجماع من الأمة .

ولنقدم في صدر الكتاب كما هي عادتنا فيما تقدم من الكتب والأبواب جملة

من الأخبار الواردة في الوصية ، وما اشتملت عليه من الحث عليها ، المؤذن بالوجوب أو الاستحباب المؤكد .

فروى المشايخ الثلاثة عن الكناني (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الوصية حق على كل مسلم » .

وروى في التهذيب عن الشحام (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصية ، فقال : هي حق على كل مسلم » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن محمد بن مسلم (٣) في الصحيح « قال : قال أبو جعفر عليه السلام الوصية حق ، وقد أوصى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فينبغي للمسلم أن يوصي » .

وروى في الكافي والتهذيب عن حماد بن عثمان (٤) في الصحيح أو الحسن « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال له رجل : اني خرجت الى مكة فصحبني رجل وكان زميلي ، فلما أن كان في بعض الطريق مرض وتقل ثقلاً شديداً فكنت أقوم عليه ثم أفاق حتى لم يكن عندي به بأس ، فلما أن كان اليوم الذي مات فيه أفاق فمات في ذلك اليوم ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : ما من ميت تحضره الوفاة إلا رد الله تعالى عليه من سمعه وبصره وعقله للوصية ، أخذ الوصية أو ترك ، وهي الراحة التي يقال لها راحة الطوت ، فهي حق على مسلم » .

وروى في الكافي عن وليد بن صبيح (٥) « قال : صحبتني مولى لأبي عبد الله عليه السلام يقال له «أعين» ، فاشتكى أياماً ثم برء ثم مات فأخذت متاعه ، وما كان له فأثمت به أبا عبد الله عليه السلام وأخبرته أنه اشتكى أياماً ثم برء ثم مات ، قال : تلك راحة

(١) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٢ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٣ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٣ ، لم نثر في التهذيب عن هذه الرواية .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٤ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٢ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٥١ ح ٢ و ص ٣٥٢ ح ٤ و ص ٣٥١ ح ١ و ص ٣٥٥ ح ٢ .

الموت أما أنه ليس من أحد يموت حتى يرد الله تعالى من سمعه وبصره وعقله للوصية أخذ أو ترك .

وروى المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن سليمان بن جعفر (١) قال في الفقيه : « وليس الجعفرى » عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصاً في مروته وعقله ، قيل : يارسول الله وكيف يوصى الميت ؟ قال : اذا حضرته الوفاة واجتمع الناس اليه ، قال : اللهم فاطر السموات والأرض ، عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، اللهم إني أعهد اليك في دار الدنيا أنني أشهد أن لا اله إلا انت وحدك لا شريك لك وأن محمداً عبدك ورسولك ، وأن الجنة حق ، والنار حق ، وأن البعث حق ، والحساب حق ، والصراط حق ، والقبر حق ، والميزان حق ، وأن الدين كما وصفت ، وأن الاسلام كما شرعت ، وأن القول كما حدثت ، وأن القرآن كما أنزلت ، وأنت أنت الله الحق المبين ، جزى الله محمداً عنا خير الجزاء ، وحيا الله محمداً وآل محمد بالسلام ، اللهم يا عديتي عند كربتي ويا صاحبي عند شدتي ويا وليي في نعمتي ، الهي وإله آبائي لا تكلني الى نفسى طرفة عين أبداً فانك ان تكلني الى نفسى طرفة عين أقرب من الشر وأبعد من الخير ، فأنس في القبر وحشتي ، واجعل لي عهداً يوم ألقاك منشوراً ، ثم يوصي بحاجته وتصديق هذه الوصية في القرآن في السورة التي تذكر فيها مريم في قوله عز وجل (٢) « لا يملكون الشفاعة إلا من اتخذ عند الرحمن عهداً » فهذا عهد الميت ، والوصية حق على كل مسلم ، وحق عليه أن يحفظ هذه الوصية ويعلمها ، وقال أمير المؤمنين عليه السلام علمنيها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : علمنيها جبرئيل عليه السلام . ورواه السيد الزاهد العابد رضى الدين ابن طاوس في كتاب فلاح السائل

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٣٨ ح ٤٨٢ ، الكافي ج ٧ ص ٢ ح ١ ، التهذيب

ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٣ الباب ٣ ح ١ .

(٢) سورة مريم - الآية ٨٧ .

كما نقله عنه في البحار ، وفيه بعد قوله «يوم ألقاك منشوراً» فهذا عهد الميث يوم يوصي بحاجته ، والوصية حق على كل مسلم قال أبو عبد الله عليه السلام وتصديق هذه في سورة مريم عليه السلام قول الله تبارك وتعالى «لا يملكون الشفاعة إلا من اتخذ عند الرحمن عهداً» وهذا هو العهد ، وقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لعلي عليه السلام تعلمها أنت وعلمها أهل بيتك وشيعتك قال: وقال (صلى الله عليه وآله وسلم) وعلمنيها جبرئيل . وروى في الفقيه عن العباس بن عامر عن أبان عن أبي بصير (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من لم يحسن عند الموت وصيته كان نقصاً في مروءته وعقله ، وقال : ان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أوصى الى علي ، وأوصى علي عليه السلام الى الحسن ، وأوصى الحسن عليه السلام الى الحسين ، وأوصى الحسين عليه السلام الى علي بن الحسين ، وأوصى علي بن الحسين عليه السلام الى محمد بن علي الباقر عليه السلام » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن أبي حمزة (٢) «عن أحدهما عليه السلام قال : ان الله تعالى يقول : يا ابن آدم تطولت عليك بثلاثة : سترت عليك مالو علم به أهلك ما واروك ، وأوسعت عليك ثم استقرضت منك فلم تقدم خيراً ، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيراً» .

وروى في الفقيه والتهذيب عن عبد الله بن المغيرة عن السكوني (٣) «عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام قال : قال علي عليه السلام : ما أبالي أضرت «بولدي» أو سرقته ذلك المال ، كذا في الفقيه وفي التهذيب قال «أضرت بورقتي» عوض ولدي .

وروى في التهذيب والفقيه عن السكوني (٤) «عن جعفر بن محمد عن

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٧ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٣ ح ٤٦١ وفيه «ثلاث» ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٥ ح ٧١٢ .

(٣) و (٤) الفقيه ج ٤ ص ١٣٥ ح ٤٦٩ و ص ١٣٤ ح ٤٦٦ ، التهذيب ج ٩

ص ١٧٤ ح ٧١٠ و ٧٠٨ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٧ ح ١ و ص ٣٥٦ ح ٤ و ١

و ص ٣٥٥ ح ٣

أبي جعفر عليه السلام قال : من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيته .

وروى في المقنعة (١) مرسلاً قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : الوصية حق على كل مسلم قال : وقال عليه السلام ما ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه ، و قال عليه السلام : من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية . وروى الشيخ في كتاب المصباح (٢) قال : وروى أنه لا ينبغي أن يبيت إلا ووصيته تحت رأسه .

وروى في الفقيه والتهذيب عن مسعدة بن صدقة (٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام قال : قال علي عليه السلام الوصية تمام ما نقص من الزكاة . وروى في الكافي عن محمد بن يحيى (٤) رفعه عنهم عليهم السلام قال : من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته .

وقال في كتاب الفقه الرضوي (٥) ، واعلم أن الوصية حق واجب على كل مسلم ، ويستحب أن يوصي الرجل لقرابته ممن لا يرث شيئاً من ماله قل أو كثر وان لم يفعل فقد ختم عمله بمعصيته .

أقول : وفي هذه الأخبار الشريفة فوائد يحسن التنبيه عليها ، والتوجه إليها .

الأول - لا ريب في وجوب الوصية على من كان مشغول الذمة بواجب من دين أو حجب أو زكاة أو خمس أو نحو ذلك من الحقوق الواجبة ، ويمكن أن تحمل الأخبار الدالة على أن الوصية حق على كل مسلم ، لاشعارها بالوجوب على ذلك ، فيجب تخصيصها بما ذكرناه من الأفراد ، ويمكن حملها على تأكيد الاستحباب

(١) و (٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٢ ح ٥٠٦ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٣ ح ٧٠٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٤ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٤ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٣ الباب ٢ ح ١ و ٣ .

(٥) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٠ ح ٥ .

فتعصم بغير ما ذكرناه من الأمور المستحبة.

الثاني - المستفاد من الخبرين الأخيرين من أنه ان كان في ذمته زكاة واجبة وأوصى بالثلث أو بعضه للفقراء أو في سائر أبواب البر فانه يحسب له عما في ذمته من الزكاة الواجبة من حيث لا يشعر ، وهو من التفضل الالهي ، وله نظائر كثيرة .
مراتبه عليه من أن الفعل اذا صادف الواقع في حد ذاته وان لم ينو صاحبه فانه يجزى عنه .

الثالث - ظاهر حديث السكوني المروي في الفقيه استحباب الوصية لذوي القرابة ممن ليس له حظ في ميراثه استحباباً مؤكداً ، وانما حملناه على الاستحباب وان كان ظاهره الوجوب ، لما رواه العياشي عن أبي بصير (١) في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام في قوله تعالى (٢) « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » قال : منسوخة ، نسختها آية الفرائض التي هي الموارث ، وبالأستحباب صرح في كتاب الفقه الرضوي ، مع تصريحه في آخر كلامه بأن ترك ذلك معصية ، وهو محمول على المبالغة ، وسيأتي ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق في المقام .

الرابع - ما تضمنه حديث السكوني (٣) من قوله عليه السلام « ما أبالي أضرت بولدي أو سرقته » ومثله ما رواه الراوندي في نوادره (٤) باسناده « عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال : قال علي عليه السلام : ما أبالي أضرت بوارثي أو سرت ذلك المال فتصدقت به » وما رواه أيضاً في الكتاب المذكور (٥) « قال : قال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) من مات على وصية حسنة مات شهيداً وقال : من لم يحسن الوصية عند موته كان ذلك نقصاناً في عقله ومروته ، والوصية حق على كل

-
- (١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ ح ١٥ ، العياشي ج ١ ص ٧٧ ح ١٦٧ .
(٢) سورة البقرة - الآية ١٨٠ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٦ ح ١ .
(٤) و (٥) المستدرک ج ٢ ص ١١٩ الباب ٤ و الباب ٥ ح ٢ .

مسلم ، قال : ان الرجل ليعمل بعمل أهل الجنة سبعين سنة ، فيحيف في وصيته فيختم له بعمل أهل الجنة ، ثم قرأ ومن يتعدّ حدود الله وقال : تلك حدود الله ، ان حمل على ظاهره من التحريم فالواجب تخصيصه بما زاد على الثلث ، فانه لا يجوز له شرعاً ، وهذا هو أوفق بظاهر الآيتين المذكورتين ، وان حمل على الكراهة المؤكدة فانهم (صلوات الله عليهم) كثيراً ما يبالغون في النهي عن المكروهات بما يدخلها في حيز المحرمات ، وفي المستحبات بما يكاد يلحقها بالواجبات ، فيجب حمله على من بر وارثاً على آخر ، وأن الأفضل المساواة بينهم ، وسيأتي تمام الكلام في هذا المقام ان شاء الله تعالى .

الخامس - ما تضمنته جملة من الأخبار المذكورة من أن من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصاً في مروته وعقله .

الظاهر حمله على ما هو أعم من الوصية بالاقرار بالشهادتين ، وجميع ما جاء به النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) كما دل عليه خبر سليمان بن جعفر المتقدم والايضاء بماله وعليه ، مما كان يتعلق به حال حياته ، ويذبه بنفسه من أطفال صغار أو أمور يريد انفاذها بعد موته ، فان الوصية لغية العهد ، يقال : أوصاه ووصاه عهديه ، فيعد الى من يعمد عليه من أخوانه المؤمنين أن يتصرف في أمواله بعد موته بما يقضى عنه ماوجب في ذمته مما قدمنا ذكره ، وان كان له أولاد صغار قائماً مقامه في الولاية عليهم ، ويستحب له كما عرفت أن يوصى لبعض ارحامه وأقربائه وأن يشهد على ذلك جماعة من اخوانه كما تقدم في خبر سليمان المشار اليه على ايمانه وعقائده ، ويعهد اليهم أن يشهدوا له به يوم القيامة ، ويشهدهم على ما أوصى به من تلك الأمور الدنيوية مضافة الى الأمور الأخروية .

والى بعض ما ذكرنا يشير ما رواه في الكافي عن مسعدة بن صدقة (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : ان أجلت في عمرك يومين فاجعل أحدهما لأدبك لتستعين به

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٧ ح ٣ ، روضة الكافي ص ١٣١ ح ١٣٢ .

على يوم موتك ، قيل ، وما تلك الاستعانة قال تحسن تدير ما تخلف ، وتحكمه .
ولارب أن ترك هذه الأمور المشار إليها وعدم الوصية بها موجب لما
ذكره ~~عليه السلام~~ من نقصان المروءة والعقل .

المادس - قال ابن ادريس في كتاب السرائر بعد نقل الخبر المشتمل على
قوله « ما بأبالي أضررت بورتتي أو سرقتهم ذلك المال » ماملخصه : سرفهم بالسين غير
المعجمة والراء غير المعجمة المكسورة والفاء ، ومعناه أخطأتهم وأغفلتهم ، لأن
السرف الاغفال والخطأ ، وقد سرفت الشيء بالكسر اذا غفلته وجهلته ، وحكى
الأصمعي عن بعض الأعراب أنه واعده أصحاب له في المسجد مكاناً فأخلفهم فقليل
له في ذلك فقال : مررت بكم فسرقتم أي أخطأتكم وأغفلتكم الى أن قال :
هكذا نص عليه جماعة أهل اللغة ذكره الجوهر في كتاب الصحاح ، وأبو عبيدة
الهروى ، وأما من قال في الحديث سرقتهم ذلك المال بالقاف فقد صحف ، لأن
سرق لا يتعدى الى مفعولين إلا بحرف الجر ، يقال سرفت منهم مالا ، وسرفت بالفاء
يتعدى الى مفعولين بغير حرف الجر ، فملخصه ذلك ، انتهى .

أقول : فيه أن مرجع استدلاله لهم الى أن سرف يتعدى الى مفعولين
بنفسه ، وسرق لا يتعدى الى مفعولين إلا بحرف الجر ، وهو في الحديث قد عدى الى
مفعولين ، فيجب حمله على سرف بالفاء ، والاف مجرد ورود سرف بمعنى أخطائه
وجهله لا يدل على ما ادعاه فانه مسلم ، ولكن لا يلزم حمل الحديث عليه .

وأنت خير بأن ما استند اليه مما ذكره مردود ، بأن الظاهر من كلام أهل
اللغة أن سرف بالفاء انما يتعدى الى مفعول واحد أيضا ، وهو ظاهر صدر كلامه ،
وان ادعى في آخره خلافة ، فان الحكاية التي نقلها عن الأصمعي انما تضمنت تعديده
الى مفعول واحد كما هو في اللفظ الذي جعل بمعناه من قولهم أخطأتكم وأغفلتكم
فان الجميع انما عدى فيه الى مفعول واحد ، وكذلك قوله وقد سرفت الشيء
بالكسر اذا أغفلته وجهلته ، فانه انما حكاه متعدياً الى مفعول واحد ، كاللفظين
اللذين جعل بمعناهما .

قال في القاموس : سرفه كفرح أغفله وجهله ، وهو ظاهر أيضا فيما قلناه ، على أن ما ادعاه من أن سرق بالقاف لا يتعدى الى مفعولين بنفسه مردود بما ذكره في كتاب المصباح المنير ، حيث قال : وسرق منه مالا يتعدى الى الأول بنفسه ، وبالحرف الجر على الزيادة ، وظاهره كما ترى أنه يقال سرقته مالا ، وسرقت منه مالا ، فيتعدى الى المفعول الأول تارة بنفسه ، وتارة بالحرف على الزيادة .

وبذلك يظهر لك ضعف ما تكلفه (قدس سره) على أنه لا يخفى ما في الحمل على الفعل الذي ذهب اليه من الركافة ، وذلك فان الغرض من هذا الكلام وسياقه في المقام هو المبالغة في المنع والزجر عن الحيف في الوصية ، والاضرار بالولد أو الوارث ، والمناسب لذلك انما هو لفظ سرق بالقاف ، فان محصل الكلام أن الاضرار بهم في الوصية بمنزله سرقة ذلك من أموالهم المترتب عليه الاثم شرعاً ، واشتغال الذمة بالمسروق حتى يرده الى صاحبه ، وحينئذ فلا يجوز ، وأما أخطأهم وجهلتهم ، فان مناسبتة فيه للمبالغة في الاضرار .

وبالجملة فان كلامه (قدس سره) في نظري بمحل من القصور ، كما لا يخفى على من لاحظ ما ذكرناه في هذه السطور ، والله العالم .

والكلام في هذا الكتاب يقع في مقاصد :

المقصد الاول في الوصية :

وفيه مسائل : الاولى : قالوا : الوصية تمليك عين أو منفعة ، أو تسليط على التصرف بعد الوفاة ، والمراد بالتسليط المذكور هو أن يوصى اليه بانفاذ وصاياه ، والقيام بأطفاله ومجانيته وهي الوصايا ، وربما اقتصر بعضهم على تمليك العين أو المنفعة ولم يذكر التسليط على التصرف ، ومنشأ ذلك أن بعضهم أدرج الوصاية التي هي عبارة عن التسليط المذكور في الوصية ، فذكرها في تعريف الوصية ، وبعضهم جعلها قسماً آخر برأسها ، وقسماً للوصية ، كالشهاد في الدوس ، فانه جعل لكل

من الوصية والوصاية كتاباً على حدة ، وفي اللمعة قال بالاول ، فعر فهمما بما ذكرناه والمفهوم من كلام أكثر الأصحاب أن الوصية عقد يفتقر الى الايجاب والقبول من الموصى اليه ، ان كان معيناً ، وأما غيره كالفقراء مثلاً يقبل الحاكم الشرعي أو من ينصبه ، والظاهر في الثاني كما استظهره جمع من المتأخرين منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك عدم التوقف على القبول ، وقد تقدم مثله في الوقب ، ثم انه على تقدير وجوب القبول في الأول فهل يكفى القبول الفعلي ؟ الظاهر كما اختاره جمع من الأصحاب من الاكتفاء بذلك ، كالأخذ والتصرف فيه لنفسه ، وقد تقدم مثله في جملة من العقود المتقدمة .

وبذلك يظهر أن عده عقداً كما ذكره لا يخلو من النظر ، إذ مقتضى ذلك وجوب الايجاب والقبول اللفظيين ، كما صرحوا به في العقود ، إلا أن يكون عقداً جائزاً كما هو الظاهر ، ويؤيده ماسياتى - ان شاء الله تعالى - من جواز رجوع الموصى مادام حياً ، والموصى له كذلك ما لم يقبل بعد الوفاة ، وما ذكرنا من اشتراط الايجاب والقبول اللفظيين إنما هو في العقود اللازمة .

وكيف كان فظاهرهم ايضاً أنه لا تشترط مقارنة القبول للايجاب . قال في المسالك : وهو موضع وفاق ، وهو مما يؤيد كونه جائزاً لازماً ، والايجاب لا ينحصر في لفظ ، بل كل لفظ يدل على مقصوده ، كقوله أو صيت لفلان بكذا ، أو اعطوا فلاناً بعد وفاتي كذا ، أو لفلان بعد وفاتي كذا ، وانما جعل قيداً بعد وفاتي في المثالين الأخيرين دون الأول ، لأن قوله في الأول أو صيت صريح في أن العطية انما هي بعد الوفاة ، فلهذا لم يحتج الى قيد ، بخلاف اعطوا فلاناً أو لفلان فانه يكون في الأول مشتركاً بين الوصية وبين الأمر بالاعطاء في حياته ، وفي الثاني مشترك بينهما وبين الاقرار له بذلك ، فلا بد من قيد يصرف الكلام الى الوصية ، فزيد فيه قوله بعد وفاتي .

إذا عرفت ذلك ، فاعلم أنى لم أقف في الأخبار على ما يدل على وجوب

القبول ، وان كانت الوصية لمعين ، بل ربما ظهر من اطلاقها العدم ، وأنه لا يتوقف على أزيد من الايجاب بالألفاظ المذكورة ، إلا أنه خلاف ما يفهم من عامة كلامهم . ومن الأخبار في ذلك صحيحة زراة (١) « عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله ، فقال : لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث » .

وروى في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة قالت لأمها : ان كنت بعدي فجاريته لك ، فقضى أن ذلك جائز وان كانت الابنة بعدها فهي جاريته » .

الى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الآتية - ان شاء الله تعالى - جملة منها ، فانها غير مشتملة إلا على الايجاب خاصة ، كما سيظهر ان شاء الله تعالى .

المسئلة الثانية : قال الشيخ في الخلاف : اذا أوصى له بشيء فانه ينتقل الى ملك الموصى له ، بوفاة الموصى ، وقال في المبسوط : اذا أوصى لرجل بشيء فان ملكه لا يزول عن ذلك الشيء قبل وفاته بخلاف ، واذا مات الموصى متى ينتقل الملك الى الموصى له ؟ قيل : فيه قولان : أحدهما - ينتقل بشرطين ، وفاة الموصى وقبول الموصى له ، واذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول .

والقول الثاني - أنه يراعى ان قبل الوصية تبين انه انتقل اليه الملك بوفاته ، وان لم يقبل تبين أن الملك انتقل الى الورثة بوفاته .

وقيل : فيه قول ثالث - وهو أن الملك ينتقل الى الموصى له بوفاة الموصى مثل الميراث ، ويدخل في ملك الورثة بوفاته ، فان قبل ذلك استقر ملكه عليه ، وان رد انتقل عنه الى ورثته ، قال : وهذا قول ضعيف ، لا يفرغ عليه ، بل على الأول ثم قال بعد ذلك : الأقوى أن يقال . ان الشيء الموصى به ينتقل الى ملك

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٥ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٧ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٤ الباب ٦٢ و ص ٣٧٥ ح ١١ .

الموصى له بوفاة الموصى ، وقد قيل : انه بشرطين بالموت وقبول الموصى له ، وقيل أيضاً انه يراعى ، فان قبل علم أنه انتقل بالموت اليه ، وان رد علم أنه بالموت انتقل الى الورثة ، قال : وعلى ما قلناه لو أهل شوال ثم ذكر بعض الفروع الآتية ان شاء الله تعالى في المسئلة ، ونقل عن ابن الجنييد ما يدل على علل موافقته للشيخ في الخلاف .

وقال ابن ادريس : الأقوى في نفسى أنه لا ينتقل بالموت ، بل بانضمام القبول من الموصى له لا بمجرد الموت ، وقال في المختلف بعد نقل الأقوال المذكورة : والمعتمد أن نقول الوصية ان كانت لغير معين ، كالفقراء والمساكين ، ومن لا يمكن حصرهم كبنى هاشم ، أو على مصلحة كمسجد أو قنطرة أو حج أو مدرسة أو غير ذلك لم يفتقر الى قبول ، ولزمت بمجرد الموت لتعذر اعتبار القبول من جميعهم ، فسقط اعتباره كالوقف عليهم ، وان كانت لمعين افتقرت الى القبول ، ولا يحصل الملك قبله ، لأن القبول معتبر فتحصيل الملك له قبل قبول لوجه له مع اعتباره ، ولأنه تمليك عين لمعين ، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ، ولأن الموصى له لو رد الوصية بطلت ، ولو كان قد ملك بمجرد الايضاء لم يزل الملك بالرد كما بعد القبول ، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، لامتناع تقدم المشروط على شرطه ، انتهى .

وقال في المسالك : لا خلاف في توقف ملك الوصية على الايجاب من الموصى لأنه أحد أركان العقد الناقل للملك ، أو تمام الركن ، حيث لا يعتبر القبول على بعض الوجوه ، وفي توقفه على موته ، لأن متعلقها هو الملك ، وما في معناه بعد الموت فقبله لا ملك ، وانما الخلاف في أن قبول الموصى له هل هو معتبر في انتقال الملك اليه بالموت ؟ بمعنى كونه شرطاً في الملك أو تمام السبب المعتبر بدونه أصلاً ، ويعتبر في الجملة أعم مما ذكر أو لا يعتبر أصلاً ، بل ينتقل اليه الملك على وجه القهر ، كالارث لا بمعنى استقراره له كذلك ، بل بمعنى حصوله متزلاً ، فيستقر

ج ٢٢ في الأخبار الواردة في انتقال الموصى به الى ملك الموصى له ٣٨٧

بالقبول ، ويبطل استمراره بالرد ، وينتقل عنه الى ورثة الموصى ، فهذه أقوال ثلاثة ، انتهى .

أقول : لا يخفى على من راجع كلامهم في المقام ، وما وقع لهم من النقص والابرام أن هذا البحث والاختلاف انما هو بالنسبة الى الوصية لمعين ، من حيث اشتراط القبول فيها عندهم ، وأما فيما لم يشترط فيه القبول ، فانه لا خلاف في الانتقال بمجرد الموت .

قال في المسالك : واعلم أن موضع الخلاف الوصية المفترقة الى القبول ، فلو كانت لجهة عامة كالفقراء والمساجد ، انتقلت الى الجهة المعينة بالوفاة بغير خلاف حيث تكون الوصية نافذة ، انتهى .

وأنت خبير بأن المسئلة غير منصوصة ، ولهذا صارت محل الاشكال ومطرحاً للقليل والقال ومنشأ هذا الاشكال والبحث في هذا المجال من حيث اشتراط القبول في الوصية لمعين ، وأنه لا يصح الوصية بدونه ، مع أنهم لم يوردوا له دليلاً شرعياً ، ولا نصاً مرعياً ، وانما عللوه بعلل اعتبارية ، وقد تبعت ما حضرني من النصوص فلم أقف فيها على ما يدل على هذا الشرط ، وأنه لا تصح الوصية إلا به ، وربما ظهر من اطلاق كثير منها عدمه ومن ذلك صحيحة زرارة ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمين .

ومارواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن محمد بن قيس (١) « عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أربع فيقتل الرجل خطأ يعني الموصي ، فقال : تجاوز لهذه الوصية من (ماله) ومن ديته . وبهذا المضمون أخبار آخر ، دالة على اخراج الوصية من الدية ، كما يخرج من الميراث .

وفي الصحيح عن محمد بن قيس (٢) « عن أبي جعفر عليه السلام قال ، قضى

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٨ ، الكافي ج ٧ ص ٦٣ ح ٢١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٢ (من ميراثه ومن ديته) .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٢ ح ١ و ص ٤٦٧ الباب ٨٠ .

أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب كان تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية ، فقال : أهل الميراث لا نجيز وصيتها له ، انه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى بأنه يرث بحساب ما أعتق منه ، ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه ، وقضى في مكاتب أوصى له بوصية ، وقد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية .

وبهذا المضمون أيضاً أخبار عديدة وظاهر هذه الأخبار كما ترى أنه ينتقل الموصى به الى الموصى له ، وان لم يحصل القبول ، إذ لا اشارة في شيء منها الى اشتراط القبول من الموصى له كما ادعوه ، واطلاقها كما ترى شامل لما لو كان ثمة قبول أو لم يكن ، وعدم الاستفصال دليل العموم في المقال ، كما صرح به جملة علمائنا الابدال ، ويؤيد ما ذكرنا ظاهر الآية ، أعنى قوله سبحانه (١) « من بعد وصية يوصي بها أو دين » وجواب العلامة - بحمل الآية على معنى وصية مقبولة والوصية بدون القبول ليست كذلك ، - لا يخرج عن المصادرة ، مضافاً الى أن ما ذكره خلاف الظاهر ، وارتكاب التقدير والتأويل ، فرع وجود الدليل على القبول وبهذا يظهر أن ما ادعوه أيضاً من كون الوصية من جملة العقود محل توقف واشكال لعدم الدليل عليه ، مع ظهور هذه النصوص ونحوها في عدم وجود القبول فيها ، ولو كان عقداً لوجب القبول ، ودل عليه دليل منها ، والأمر كما ترى بخلافه .

فان قيل : انه لا تصريح في أكثرها بالموت أيضاً ، بل ظاهرها حصول الانتقال بمجرد الوصية ، مع أنكم لا تقولون به ، قلنا : قد قام الدليل على أن للموصى الرجوع في الوصية مادام حياً ، وهو مؤذن بعدم الانتقال عنه في حياته ، فوجب تخصيص اطلاق هذه الأخبار بذلك ، وأما القبول فلم يرق عليه دليل ، ويمكن تخصيصها به أيضاً ، فيبقى الاطلاق بالنسبة اليه سالماً من المعارض ، وحينئذ فاذا لم يرق دليل على اعتباره فانه يرجع الحكم فيه الى حكم الوصية لغير معين .

نعم حيث ان ظاهرهم الاتفاق على أن للموصى له الرد ، وعدم القبول فينبغي أن تفرق بين الأمرين ، بأن الانتقال في غير المعين انتقال تام لازم ، وفي المعين انتقال متزلزل ، فبالقبول يستقر ويستمر ، وبعدم القبول تبطل ، ويعود الى وريثة الموصى ، على أن للمناقشة أيضاً طريق فيما ذكر ، وهوان لموصى له الرد ، فانا لم ننق له على دليل ، وما المانع من كون ذلك كالميراث ، ليس له رده شرعاً ، فان ظاهر الأخبار التي قدمناها ذلك ، إلا أن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل ، وكيف كان فالمسئلة غير خالية من الاشكال ، والاحتياط فيها مطلوب على كل حال .

اذا عرفت ذلك فاعلم أنهم قد فرعوا على هذا الخلاف المتقدم فروعاً عديدة :

أحدها - كسب العبد وثمر الشجرة ، وسائر زوائد الموصى به المتجدد بين الموت والقبول ، فان قلنا أنه يحصل الانتقال بالموت خاصة ، كما هو مذهب الشيخ في الخلاف ومن تبعه ، فهي للموصى له قبل الوصية أوردتها ، لأن العين قد انتقلت اليه ، ونماءها تابع لها ، ولوردها احتمل رد نماءها أيضاً على الورثة تبعاً لها ، واحتمل العدم ، لأن النماء ليس من الموصى به الذي يتخير بين رده وقبوله ، وهو قد ملكه بملك العين بعد الموت ، فلا يزول ملكه عنه ، ورد العين من حيث كونها موصى بها ، وهو لم يقبل الوصية لا يستلزم رد النماء ، لأنه ليس من الموصى به ، كما ذكرنا ، بل ملكه من جهة أخرى ، وسبب آخر .

وان قلنا انه لا يحصل الانتقال إلا بالقبول ، كما هو مذهب العلامة في المختلف ، فان الزوائد والنماء في تلك المدة لا تكون للموصى له قبل الوصية بعد ذلك أو ردها ، لأنها تجددت قبل أن تدخل العين في ملكه ، وقبوله بعد ذلك لو قبل انما يوجب انتقال العين خاصة ، وهي الموصى بها .

بقي الكلام فيما اذا لم ينتقل للموصى له ، ففي مستحقها من الموصى - من

حيث انها من جملة التركة فيقضى منها ديونه ، وينفذ منها وصاياه كالأصل - أو الورثة لحدوثها بعد زوال ملكه بالموت : وجهان أقربهما للاعتبار الثاني ، وان قلنا بالمراعات والوقف ، صارت هذه الزوائد أيضاً موقوفة ، فان قبل فهي له وإلا فلا .

وثانيها - فطرة العبد الموصى به اذا حل وقت وجوبها بين الموت والقبول ، فعلى القول الأول تكون على الموصى اليه ، وملكها بالموت ، وعلى الثاني فليس على الموصى له شيء ، لعدم الانتقال اليه ، وقبوله بعد ذلك لو قبل لا يستلزم الوجوب ، وقد فات وقته ، وعلى الثالث أيضاً لا يلزم ، وعلى هذين القولين ، تسقط الفطرة هنا ، قالوا : وفي معنى الفطرة هنا المؤن المحتاج اليها بين القبول والموت .

وثالثها - أنه اذا زوج أمته حراً وأوصى له بها ، فعلى تقدير القول الأول وهو الانتقال بعد الموت فانه ينفسخ النكاح من يوم الموت ، لدخولها في ملكه في ذلك الوقت ، فيبطل العقد السابق ، وعلى القولين الآخرين فان رد الوصية استمر النكاح ، لعدم ما يوجب بطلانه ، وان قبلها انفسخ النكاح على كل من القولين ، لكن يكون الانفساخ من يوم القبول على القول الثاني ، لأن دخولها في ملكه بعد القبول ومن يوم الموت على الثالث ، وهو المرعاة والتوقف ، لانكشف ذلك بالقبول وتبينه به ، الى غير ذلك من الفروع المذكورة في كلامهم ، من أحب الوقوف عليها فليرجع الى مطولات الأصحاب .

المسئلة الثالثة : المشهور في كلام الأصحاب بناء على وجوب القبول في الوصية كما هو المتفق عليه ظاهراً في كلامهم ، أنه لا فرق بين وقوع القبول قبل وفاة الموصى أو بعدها ، أما قبل وفاة الموصى فلأنه قبل ما نقل اليه من الملك على الوجه الذي نقل اليه ، وان لم يكن في وقته ، والايجاب هنا انما أفاد التملك قبل وقت الانتقال ، إذ الانتقال إنما يحصل بالموت ، والقبول هنا وقع طبق هذا الايجاب ، وأما بعد وفاة الموصى فلا اشكال ولا خلاف في اعتبار القبول لمطابقته

ج ٢٢ في عدم الفرق بين وقوع القبول قبل موت الموصي أو بعده ٣٩١

للايجاب الصادر من الموصي ، لأنه أوقع تمليكا مقرونا بالوفاة وقد حصلت الوفاة ، فقبل الموصي له ذلك .

ونقل عن جمع من الأصحاب منهم العلامة (قدس سره) اختصاص اعتبار القبول بهذه دون الأولى ، محتجين على عدم اعتباره في الصورة الأولى ، بأنه أوجب له بعد موته ، فقبل الموت ليس محلاً للقبول ، فأشبهه القبول قبل الوصية ، وكذا لو باعه ما يملكه بعد ، وبعدم المطابقة بين الايجاب والقبول .

ورد ذلك بما اشير اليه في بيان الوجه في الصورة المذكورة ، وتوضيحه أن القبول لا يلزم أن يحصل بة المملك ، وانما يحصل به تمام سببه ، وهو لا يوجب وجود مسببه ، لجواز تخلفه لفقد شرطه ، وهو هنا كذلك ، لأن الموت شرط في انتقال الملك والايجاب كما وقع قبل زمان الملك ناقلاً له في وقت متأخر ، فكذلك القبول ، والمطابقة حاصلة ، والفرق بينه وبين بيع ما يملكه واضح ، فان ذلك ممتنع شرعاً ايجاباً وقبولاً وهنا لامانع منه إلا بواسطة التخييل المذكور ، وهو غير مانع .

أقول : لا يخفى انه لو كان اعتبار القبول مستنداً الى النصوص ، لكان الواجب النظر في ذلك النص ، وما يستفاد منه ، من عموم وخصوص ، إلا أنه ليس في المقام نص كما عرفت ، ولادليل ، وليس إلا ظاهر كلامهم واتفاقهم على الحكم المذكور ، وحينئذ فليس هنا مسرح للنظر في تصحيح شيء من القولين المذكورين إلا بهذه التعليقات الاعتبارية ، وقد عرفت ما في الاعتماد عليها من الاشكال ، فتبقى المسئلة في طامورة التردد والاحتمال ، وان كان ما عُلل به المشهور أقرب الى الاعتبار .

المسئلة الرابعة : قالوا : لورد الوصية في حال حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته ، إذ لا حكم لذلك الرد ، وان رد بعد الموت وقبل القبول بطلت ، وكذا لو رد بعد القبض وقبل القبول ، ولو رد بعد الموت والقبول وقبل القبض قيل : تبطل ، وقيل : لا تبطل .

أقول : ينبغي أن يعلم أولاً أنه لا خلاف كما عرفت آنفاً في أن الملك في الوصية متوقف على الإيجاب والقبول وموت الموصي ، فبدون الثلاثة المذكورة لا يحصل الملك قطعاً ، وإنما اختلفوا في أن القبض مع ذلك هل هو شرط في تحقق الملك أم ليس بشرط .

ف قيل : بالأول كالهبة والوقف ، لا اشتراكهما في العلة المقتضية له ، وهو العطية المتبرع بها مع أولوية الحكم في الوصية ، من حيث أن العطية في الهبة وما فيها معناها منجزة ، وفي الوصية مؤخره ، والملك في المنجز أقوى منه في المؤخر ، بقرينة نفوذ المنجز الواقع من الأصل على خلاف ، بخلاف المؤخر .

وقيل : بالثاني لأصالة العدم ، وعموم « الأمر بالوفاء بالعقود » الشامل لموضع النزاع ، وبطلان القياس ، من حيث خروج الهبة ونظائرها بدليل خاص وقد تقدم ، وهو لا يتناول الوصية ، والأولوية المذكورة لانفيذ الحكم المتنازع وأصل الخلاف واقع في المؤخر أيضاً ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

أقول : ويدل على ذلك ما رواه العباس بن عامر في الصحيح (١) « قال : سألت عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ، ولم يترك عقباً ؟ قال : أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه ، قلت : فإن لم أعلم له ولياً ، قال : اجهد على أن تقدر له على ولي فإن لم تجده وعلم الله منك الجد فتصدق بها » ، وهو صريح في المدعى كما ترى ، وهو أيضاً ظاهر فيما قدمنا ذكره من صحة الوصية أعم من أن يكون قبل أو لم يقبل ، وبذلك تظهر لك قوة القول الثاني ، وهو كون القبض ليس بشرط في ملك الوصية .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن من فروع الملك وعدمه عندهم رد الموصى له الوصية ، فإن وقع الرد بعد تحقق الملك لم يؤثر رده في إبطال الملك ، لأن الملك لا يزول بأعراض صاحبه عنه .

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ٢ .

نعم ربما أفاد الاباحة في بعض الموارد إلا أن اباحة التصرف لا تقتضي زوال الملك ، وعلى هذا فإذا وقع الرد بعد الموت ، والقبول والقبض لا يؤثر شيئاً ، لأن الملك هنا قد استقر ، وثبت إجماعاً فلاحكم للرد اتفاقاً ، وإن وقع الرد بعد الموت والقبول وقبل القبض بنى الكلام على الخلاف المتقدم ، فإن قلنا إن القبض شرط في الملك صح الرد قبله ، وبطلت الوصية ، وإلا فلا ، كما لو وقع بعده ، فإنه لا أثر له في البطلان ، وإن وقع الرد بعد الموت وقبل القبول ، قبض أو لم يقبض ، بطلت الوصية ، لأن الملك لم يتحقق حينئذ ، فكانت الوصية من قبيل العقد الجائز إذا أبطله أحد المتعاقدين ، أو اللازم إذا رده أحدهما بعد الإيجاب وقبل القبول .

أقول : صحة الحكم هنا مبنية على تسليم شرطية القبول كما هو مسلم بينهم ، وأما على ما يظهر من الأخبار كما عرفت وستعرف إن شاء الله تعالى ، من أنه لا دليل عليه ، بل الدليل ظاهر في خلافه ، فإنه يحكم بالصحة وإن وقع الرد قبل الوفاة ، سواء كان قبل القبول أم لا ، فالرد هنا عندهم لاحكم له ، فله أن يجدد القبول بعد ذلك ، لأن الرد في حكم العدم ، حيث لم يصادف محلاً إذ التملك لا يحصل إلا بعد الوفاة ، فرده هنا إنما هو في معنى رد ملك غيره ، وهو غير معقول ، فيقع لاغياً ، لأنه وإن قبله فالشرط لملكه موت الموصي إجماعاً ، والفرق - بين الرد في هذه الصورة وبين الرد بعد الموت وقبل القبول ، في أن الأول لاحكم له ، بل له أن يجدد القبول ، وفي الثاني تبطل الوصية كما تقدم ، مع اشتراكهما في عدم حصول الملك فيهما - أن الملك بعد الموت وقبل القبول وإن لم يحصل على وجه اللزوم الذي لا يؤثر الرجوع في زواله ، إلا أنه حاصل في الجملة ، باعتبار أن القبول كما تقدم كاشف عن الملك السابق ، أو جزء السبب ، فالملك حاصل في الجملة ، إلا أنه بقي موقوفاً على القبول لا غير ، فالرد حينئذ واقع في محله ، وملخصه أن التملك من الموصي قد حصل ، وبقي موقوفاً على رضا بذلك وقبوله ، فإذا رده تبين عدم الرضا والقبول ، فتبطل الوصية كما لو أوجب البائع البيع فرده المشتري ولم يقبل ، وهذا بخلاف

الرد الواقع حال الحياة فان المملك لم يحصل بالكلية وان قبل في تلك الحال . هذا كله فيما لو تعلق الرد بالجميع ، أما لو ردّ بعضاً وقبل بعضاً فانه يصح فيما قبله ، ويبقى الكلام في البعض الذي رده ، فبنى على الفروض المتقدمة من الرد في حال الحياة أو بعد الوفاة ، قبل القبول أو بعده ، مع القبض أو عدمه . وبالجمله فان الوصية لما كانت تبرعاً محضاً لم ترتبط أجزائها بعضها ببعض ، فكما يصح قبولها جميعاً يصح قبول بعضها ، ويلزمه حكمه خاصة ، ويلزم الآخر أيضاً حكمه المتقدم ، وهذا بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات ، فان البايع لو باعه جملة قبل المشتري بعضها ، وقع قبوله لاغياً ، لأن الغرض فيه مقابلة أجزاء العوض بأجزاء المعوض ، والبعض الذي اختص بالقبول غير مقصود للبايع إلا مقيداً بالجمله ، بخلاف التبرع المحض ، فان القصد الى الجمله يتضمن القصد الى كل واحد من أجزائها منضمة ومنفردة ، ومن ثم لو أوصى بما زاد على الثلث ولم يجز الوارث بطل في الزائد ، وصح في قدر الثلث وان قبل الموصى له لعدم الارتباط الذي يثناه ، هكذا قيل .

وفيه نظر ، فان ما ادعى من أنه لو قبل المشتري بعض الجمله المباعة دون بعض وقع لاغياً ، لادليل عليه شرعاً ، وما علل به من هذا الوجه الاعتباري لا يصلح لتأسيس حكم شرعي ، ولو تم ما ادعوه من الارتباط بين أجزاء المبيع فلا يصح في بعض دون بعض ، للزم البطلان فيما لو باع ماله ومال غيره صفقة ، فيبطل البيع في الجميع ، مع أنه ليس كذلك ، بل يصح البيع في ماله ، ويختص البطلان بمال الغير ، ويوزع الثمن بالنسبة كما تقدم ذكره في محله .

وبه يظهر ما في قوله ومن ثم لو أوصى بما زاد على الثلث الى آخره حيث جعل مناط الصحة في الثلث خاصة ، والبطلان فيما زاد هو عدم الارتباط ، مع أن مثله كما عرفت وارد في المبيع ، وحينئذ فلا يتم ما ادعوه كلياً . وبالجمله فان المدار في الأحكام الشرعية كيف كانت ، انما هو على النصوص الشرعية ، دون هذه التعليقات العقلية ، والله العالم .

ج ٢٢ في انتقال حق قبول الوصية إلى إرثة الموصى له لو مات ٣٩٥

المسئلة الخامسة : الأشهر أنه لو مات الموصى له قبل القبول سواء مات في حياة الموصى أم بعد وفاته ، فان وارثه يقوم مقامه في قبول الوصية ، وتكون الوصية له كما كانت لمورثه ، إلا أن يرجع الموصى في الوصية .

ويدل على هذا القول ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن محمد بن قيس (١) «عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب ، فتوفي الذي أوصى له قبل الموصى ، قال : الوصية لو ارث الذي أوصى له ، قال ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً ، فتوفي الموصى له قبل الموصى ، فالوصية لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته » ومورد هذه الرواية إنما هو موت الموصى له في حياة الموصى ، فلا يمكن الاستدلال بها على ما قدمنا من المدعى ، وحينئذ فينبغي أن يجعل المدعى أنه لو مات الموصى له في حياة الموصى قبل القبول ، فهل تصح الوصية أم لا ؟ فتكون الرواية المذكورة مستنداً للقول بالصحة ، إلا أن ظاهرهم أن محل الخلاف هو الأعم كما حرراه ، وربما كان المستند في تعميم الحكم ما لو مات بعد موت الموصى ، هو الأولوية ، وفيه ما فيه .

وطعن في هذه الرواية في المسالك وقبله العلامة في المختلف ، بأن محمد بن قيس مشترك بين جماعة فيهم الضعيف والثقة ، قال في المسالك بعد نقل الرواية وهذه الرواية نص في الباب لو تم سندها ، إذ لا يخفى أن محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة والضعيف وغيرهما ، فكيف تجعل روايته مستند الحكم ، إلا أن يدعوا جبرها بالشهرة على ما هو المشهور بينهم في ذلك ، وفيه ما فيه .

أقول : الذي صرح به جملة من محققي متأخري المتأخرين منهم سبطه

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٠ ح ٩٠٣ ، الفقيه ج ٤

ص ١٥٦ ح ٥٤١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ١ .

السيد السند في شرح النافع وغيره أن محمد بن قيس هنا هو الثقة البجلي ، بقرينة عاصم بن حميد الراوي عنه ، كما صرح به الشيخ في الفهرست ، وحيثما يوجد هذا السند فانهم ينظمونه في سلك الصحيح ، وهذه المناقشة قد تكررت من شيخنا المذكور في المسالك في غير موضع ، وهو غفلة محضة .

وبالجملة فالخبر صحيح صريح في المدعى ، ثم ان أصحاب هذا القول علّلوه أيضاً زيادة على الخبر المذكور بناءً على قواعدهم من التعليل بالعلل العقلية بأن القبول كان حقاً للمورث فيثبت لوارثه بعد موته ، كباقي الحقوق الموروثة من الخيار والشفعة وغيرهما ، واعترضه في المسالك قال : وأما الاستدلال بكون القبول حقاً للمورث ، ففيه منع كلية الكبرى المدعية ، أن كل حق يورث ان سلم أن القبول حق ، فان حق القبول لا يورث في سائر العقود اجماعاً ، كما لو باع أو وهب فمات المشتري أو الموهوب قبل القبول ، فقبل الوارث ، وان كان على الفور ، فانه لا يعتد به قطعاً ، فكذا هنا ، انتهى .

اقول قد عرفت مما قدمناه آنفاً أنه لا دليل على اعتبار هذا القبول الذي يدعونه ، ولا على كون الوصية عقداً يتوقف على الايجاب والقبول ، كما هو المشهور بينهم ، بل ربما دل ظاهر الصحيحة المذكورة هنا مضافاً الى ما سلف من الأخبار على أنه بمجرد الوصية قد حصل الانتقال الى الموصي له ، وثبت له الحق ، وان كان متزلاً مراعى بوفاة الموصي ، اذ لا وجه للانتقال الى الوارث قبل موت الموصي ، إلا بالتقريب الذي ذكرناه ، وحينئذ فالموروث انما هو الوصية ، لا القبول الذي ادعوه كما في عنوان المسئلة ، فجعلوا محل الخلاف في أنه هل يورث القبول لومات الموصي له قبل القبول أم لا ؟ وصحيحة محمد بن قيس المذكورة ظاهرة فيما قلناه ، حيث قال عليه السلام في الجواب « الوصية لو ارث الذي اوصى له ، أي أنه لما اوصى الى ذلك الرجل فمات الموصي له فهي لوارثه ، ان لم يرجع الموصي فيها ، فالموروث هو الوصية ، لا القبول إذ لا دليل ، بل لا اشعار في شيء من الأخبار به بالكلية ، والحمل على تقدير مضاف

ج ٢٢ في عدم الدليل على كون الوصية عقداً يحتاج الى الايجاب والقبول ٣٩٧

في الكلام يعنى قبول الوصية لو ارث الذي أوصى له خلاف الظاهر ، والأصل عدمه .
ونقل عن جماعة من الأصحاب منهم ابن الجنييد والعلامة في المختلف القول
ببطلان الوصية في الصورة المذكورة ، مستنديين الى أن الوصية عقد يفتقر الى
ايجاب وقبول من الموجب له ، فيبطل بموته .

واستندوا مع ذلك الى صحيحة أبي بصير ومحمد بن مسلم (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام
قال : سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى ؟ قال : ليس بشيء» .
وفي الموثق عن منصور بن حازم (٢) «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل
أوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصى ؟ قال :
ليس بشيء» .

أقول : أنت خير بما في هذين الخبرين من الاجمال ، وتعدد الاحتمال المانع
من الاعتماد عليهما في الاستدلال ، قال في المسالك : والحق أن هاتين الروايتين
لاصراحة فيهما في المطلوب ، لأنهما كما يحتملان أن الوصية لشيء يعتد به ،
بمعنى بطلانها ، يحتمل ارادة أن الموت ليس بشيء ينقض الوصية ، بل ربما كان
الثاني أنسب بأسلوب الكلام ، وتذكير الضمير المستتر في الفعل ، وبه يندفع التنافي
بين الروايات ، فيكون أولى ، انتهى .

والشيخ في التهذيبين حملهما على ما اذا رجع الموصى بعد موت الموصى له
عن وصيته ، فامام مع اقراره على الوصية ، فانها تكون لورثته ، قال : وقد فصل ذلك
في خبر محمد بن قيس السابق ، ولا يخفى ما فيه من البعد عن الانطباق على سياق
الكلام ، واحتمل في الوافي حملهما على ما اذا كان هناك قرينة تدل على ارادة
الموصى له بخصوصه ، دون ورثته .

أقول : ويحتمل ولعله الأقرب حملهما على التقية كما ذكر في الوسائل ،

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٦ و ٩٠٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ١١٠

قال : لانه مذهب أكثر العامة ، وكيف كان فإن الخبرين المذكورين لما عرفت لا يبلغان قوة المعارضة للصحيحة السابقة ، ولعلّه لاجل ذلك جعلهما في المختلف مؤيدين ، بعد أن علّل البطلان بأن الوصية عقد يقتصر الى الإيجاب والقبول ، قال : وقد بينا أن القبول المعتبر به هو الذي يقع بعد الوفاة فصار الموت حينئذ فلا عبرة به ، انتهى .

وفيه ما عرفت ، وقيل هنا : قول ثالث بالتفصيل كما نقله في المسالك عن بعض الأصحاب ، من أنه خص البطلان بما اذا مات الموصى له قبل الموصى عملاً بمدلول هاتين الروايتين ، قال : فلو مات بعده لم ينطل ، للأصل وعدم المعارض . أقول : لا يخفى أن هذه الروايات المذكورة انما تعارضت وتصادمت في موت الموصى له في حياة الموصى ، فالصحيحة المتقدمة صريحة في الصحة والانتقال الى الوراث ، والروايتان الاخرتان على ما عرفت ، من الاجمال والاحتمال ، وإن ادعى منهما الدلالة على البطلان .

وكيف كان فإن حكم موت الموصى له بعد موت الموصى غير معلوم من هذه الأخبار ، وحينئذ فيمكن أن يقال : ان مع موت الموصى له في حياة الموصى فالحكم الصحة ، عملاً بالصحيحة المذكورة ، وأمّا بعد وفاته فالوجه في الحكم بالصحة أيضاً هو ما ذكره هذا القائل بالتفصيل من أن الأصل الصحة ، ولامعارض هنا لها ، ويؤيده أيضاً ما قدمناه في صدر المسئلة الرابعة (١) من صحيحة العباس بن عامر الدالة على موت الموصى له قبل قبض الوصية فأمر عليه السلام الوصي أن يطلب له وارثاً ليدفع اليه الوصية ، وظاهر سياقها أن موته بعد موت الموصى كما هو محل البحث . ورواية محمد بن عمر الساباطي (٢) قال : سألت أبا جعفر عليه السلام يعني الثاني عن رجل أوصى اليّ وأمرني أن أعطي عمّا له في كل سنة شيئاً ، فمات العم ؟ فكتب عليه السلام أعط ورثته .

(١) ص ٣٩٢

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٣ .

٢٢٤ في انتقال الوصية الى وارث الموصى له اذا مات بعد الموصى ٣٩٩

وهذه الرواية أيضاً ظاهرة في أن موت الموصى بعد موت الموصى ، لأنه مع حياة الموصى لم يتحقق الملك للموصى له ليأمر بالدفع الى ورثته ، ويؤكد كده أيضاً أن المعطى والسائل انما هو الوصى الموصى اليه بتنفيذ الوصايا ، وهو لا يكون إلا بعد موت الموصى كما هو ظاهر ، وأما احتمال ارجاع الضمير في ورثته الى الرجل الموصى المسئول عنه في صدر الخبر ، فمن الاحتمالات السخيفة التي لا ينبغي النظر اليها .

وبالجملة فان هذين الخبرين ظاهران في أن مع موت الموصى له بعد وفات الموصى : فانه لا ريب في صحة الوصية ، وأنها تدفع للموصى له ، ولوارثه ، لأنه استحقتها وملكها بالوصية وتحرر الملك ، ولزم بموت الموصى ، ومدلولهما غير ما دلت عليه الأخبار المتقدمة ، فلا تنافي بين الجميع ولا تعارض ، لان مدلول تلك كما عرفت موت الموصى له في حياة الموصى ، ومدلول هذه بعد موت الموصى ، وبما ذكرناه لك يظهر ضعف القول بالتفصيل المذكور ، لأنه مبني على دلالة الرايتين المتقدمتين على بطلان الوصية ، وقد عرفت ما فيه ، وأن الأصح هو الصحة للصحيحة المتقدمة وعدم صراحة هاتين الرايتين المذكورتين في المنافاة ، بل الظاهر من جميع هذه الرايات التي أوردناها في المقام هو الصحة ، سواء مات الموصى له في حال حياة الموصى أو بعد موته بالتقريب الذي شرحناه .

وبه يظهر أيضاً ضعف القول بالبطلان كما ذهب اليه في المختلف ، لدلالة هذين الخبرين على الصحة في صورة موت الموصى له بعد موت الموصى ، ودلالة صحيحة محمد بن قيس على الصحة قبل موته ، وهو قد حكم بالبطلان في الموضعين ، والله العالم .

المسئلة السادسة : قال المحقق في الشرايع : فرع لو أوصى بجارية وحملها لزوجها وهي حامل منه ، فمات قبل القبول ، كان القبول للوارث ، واذا قبل ملك الوارث الولد ، ان كان ممن يصح له تملكه ، ولا ينعتق على الموصى له ، لأنه لا يملك بعد الوفاة ، ولا يرث أباه ، لانه رق ، إلا أن يكون ممن ينعتق على الوارث الى آخره .

قال في المسالك بعد ذلك : هذا فرع على المسئلة السابقة المتضمنة لكون القبول موروثاً ، فإذا فرض كون الموصى به جارية وحملها ، والحال أن الحمل ولد الموصى له بتزويج أو غيره ، ففرض المصنف كون الموصى له زوجاً غير لازم ، ويفرض كون الحمل رقاً لمولى الجارية بالاشتراط على القول بصحته ، وحينئذ فإذا مات الموصى له قبل القبول وقلنا بانتقال حقه الى وارثه ، فقبل الوصية بهما ، ملك الجارية والولد ، ولا ينعق الولد لأن أباه لم يملكه ، وإنما انتقل ملكه الى الوارث ابتداءً كما اشرنا اليه سابقاً ، نعم لو كان ممن ينعق على الوارث كما لو كان الوارث ابناً والحمل انثى ، انعق عليه ، انتهى المقصود من كلامه .

أقول : قد عرفت مما قدمناه أن ما يدعونه من القبول في هذا المقام مما لم يعم عليه دليل ، ربما دلت ظواهر الأخبار على عدمه ، وحينئذ فجميع ما يفرع على ذلك لا يخلو من الاشكال ، ومنه ما ذكره هنا من أنه كما أن للموصى اليه التخير في القبول وعدمه ، كذلك يثبت للوارث التخير في قبول الوصية وعدمه فلو مات الموصى اليه قبل القبول تخير الوارث بين القبول ، فيملك ما أوصى به وعدمه فلا يملكه ، والمفهوم من الروايات التي قدمناها في سابق هذه المسئلة هو أنه متى مات الموصى اليه في حياة الموصي أو بعد موت الموصي ، فإن الوصية تنتقل الى الوارث انتقالاً موجباً للملك ، غير متوقف على شيء إلا موت الموصي ان مات الموصى اليه في حال حياته ، فإن ما اشتملت عليه صحيحة العباس بن عامر من أمره عليه السلام بطلب الوارث والدفع اليه ، ثم أمره بالصدقة عنه بعد تعذر الوقوف عليه أظهر ظاهر ، وأصرح صريح في الانتقال اليه من غير توقف على شيء ، وإلا لكان الأنسب أنه حيث تعذر الوارث فانه ترجع الوصية الى ورثة الموصي ، لتعذر القبول الذي هو شرط عندهم بتعذر وجود الوارث ، مع أنه عليه السلام مع تعذر الوارث أمر بالصدقة عنه ، أو عن الموصى له ، أو عن وهو صريح في ملك الموصى له ووارثه من بعده ، بمجرد الوصية وموت الموصي ، وكذلك حكمه عليه السلام في رواية محمد بن عمر

الساباطى بكونه لورثة العم ، كان ينبغي تقييده ان قبلوا ذلك وإلا فلا ، وكذلك حكمه ^{إلا} في صحيحة محمد بن قيس بأن الوصية لوارث الذى أوصى له من غير استئصال بين قبوله وعدمه ، ولو كان الأمر كما يدعونه لكان الواجب أن يقول ان الوصية له ان قبل ، وإلا فلا .

وبالجملة فانه لا يخفى على المتأمل في سياق الأخبار المذكورة سيما صحيحة العباس بن عامر أنه بموت الموصى اليه تنتقل الوصية الى وارثه انتقالاتاً صحيحاً شرعياً موجباً للملك ، غاية الأمر أنه ان كان الموت في حياة الموصى فان الملك يكون مراعى بعدم رجوع الموصى في الوصية ، كما دلت عليه صحيحة محمد بن قيس ، وان كان بعد موت الموصى فقد استقر الملك بحصول شروطه المتقدمة ، وأما أنه للموصى له التخيير بين القبول والرد كما زعموه ، فقد عرفت أيضاً ما فيه ، من أنه لا دليل عيه إلا ما ذكره من الوجوه الاعتبارية التي لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية ، وما المانع من أن يكون بعد استكمال شروطه من قبيل الميراث ، اذا اقتضته الأدلة ، كما صرحوا به في الوصية لغير معين ، من أنه ينتقل بمجرد الوصية وموت الموصى .

وبالجملة فانك بالتأمل في الأخبار التي ذكرناها لا أظنك يعتريك الشك في صحة ما ذكرناه ، لكن مخالفة المشهور مما يثقل في قلوب الجمهور ، اذا عرفت ذلك فاعلم أنه يأتي على ما حررناه ، من أن الوصية قد انتقلت الى الموصى له ووارثه انما تلقاها منه ، وورثها عنه ، أن الجارية وولدها هذا قد انتقلا الى الزوج ، وبموجبه ينعتق الولد عليه ، لأنه لا يملك ولده .

قوله في المسالك فيما قدمنا من عبارته : « حينئذ اذا مات الموصى له قبل القبول وقلنا بانتقال حقه الى وارثه . . . الى آخره » .

فيه أنك قد عرفت من الأخبار التي كررناها ، أن مقتضاها أن من أوصى بوصية الى شخص فمات الموصى له قبل قبض الموصى به ، فانه تنتقل الوصية عنه الى وارثه ، ويملك الوارث جميع ما ورثه الموصى له من غير تقييد بقبول ، لاني

جانب الموصى له ، ولا في جانب وارثه ، والوارث انما تلقى الملك عن مورثه ، لامن حيث قبوله خاصة ، ومقتضى ما ذكره من أن الموصى له مات قبل القبول أنه لم يحصل له الملك ، والملك انما حصل لوارثه من حيث قبوله ، فيكون الوارث قد ملك شيئاً لم يملكه مورثه ، وهذا خلف ظاهر ، فان الوارث بالاتفاق إنما تلقى الملك من مورثه ، فكيف يملك هنا شيئاً لم يملكه مورثه ، حتى أنهم يفرعون عليه عدم انعاقه الولد ، لعدم دخوله في ملك الأب .

ثم انه أي حق للموصى له لو مات قبل القبول ليرثه وارثه ، فانه اذا كان القبول عندهم شرطاً في صحة الملك أو جزء السبب ولم يحصل ، فانه لا يحصل الملك ، وبموجبه تبطل الوصية ، فليس هنا شيء يرثه الوارث بالكلية .

فان قيل : انه بالوصية يملكه ملكاً متزلزلاً لا يستقر إلا بالقبول ، فلما مات الموصى له قبل القبول ورث الوارث ذلك الملك المتزلزل عنه ، وورث حق القبول الذي كان للموصى له ، فاذا قبل ذلك استقر الملك له .

قلنا : اما ارثه الملك المتزلزل فممكّن ، وأما ارثه حق القبول ، فغير مسلم وقد تقدم ذلك في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، كما قلناه في سابق هذه المسئلة في الجواب عن ذلك الدليل العقلي المذكور ثمة .

وبالجملة فان مقتضى الأخبار التي ذكرناها انما هو انتقال الوصية الى الموصى له أولاً ، وأنه يملكها ، وان اقترن الملك بين موت الموصى له في حياة الموصى أو بعد موته كما تقدم ، ثم بعد موته ينتقل الى وارثه ، وحينئذ فيجب الحكم بانعاق الولد في الصورة المفروضة ، وهذا من جملة ما يتفرع على الخلاف بين كلامهم ، وبين ما يظهر من الأخبار الجارية في هذا المضمار .

المسئلة السابعة : قد صرحوا بأن الوصية عقد جائز من طرف الموصى مادام حياً ، سواء كانت الوصية بمال أو ولاية ، ويتحقق الرجوع بالتصريح ، وبفعل ما ينافي الوصية ، فلو باع ما أوصى به أو وصى ببيعه أو وهبه وأقبضه ، أو رهنه كان ذلك رجوعاً ، وكذا لو تصرف فيه تصرفاً أخرجه عن مسماه .

أما لو أوصى بخبز فدقه فتيثاً لم يكن ذلك رجوعاً .
 أقول : ما ذكره من أن الوصية عقد جائز من طرف الموصي مادام حياً مما
 لا خلاف فيه نصاً وفتوى ، أما الثاني فلأنه لا خلاف كما نقله في المسالك وغيره في
 جواز رجوع الموصي في وصيته مادام حياً ، ولو كانت لازمة لامتنع ذلك .
 وأما الأول : فلأخبار كثيرة ، منها ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى
 مرافدهم) عن عبيد بن زرارة (١) « قال : قد سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول . للموصي
 أن يرجع في وصيته إن كان في صحة أو مرض » .
 وعن بريد بن معاوية (٢) في الموثق « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لصاحب
 الوصية أن يرجع فيها ويحرف في وصيته مادام حياً » .
 وعن عبد الله بن مسكان (٣) في الصحيح « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قضى
 أمير المؤمنين عليه السلام أن المدبر من الثلث وأن للرجل أن ينقض وصيته ، فيزيد فيها
 وينقص منها ما لم يمت » .
 وعن محمد مسلم (٤) في الصحيح « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المدبر من
 الثلث وقال : للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحة أو مرض » .
 وعن يونس (٥) عن بعض أصحابه « قال : قال علي بن الحسين عليه السلام للرجل
 أن يغير وصيته فيعتق من كان أمراً بملكه ، ويملك من كان أمراً بعقده ، ويعطي من
 كان حره ، ويحرم من كان أعطاه ما لم يمت ويرجع فيه » .

وما رواه في الفقيه عن محمد بن عيسى بن عبيد (٦) « قال كتبت إلى

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ١ و ٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٧ ح ٥٠٩ و ٥٠٨
 التهذيب ج ٩ ص ١٨٩ ح ٧٦٠ و ص ١٩٠ ح ٧٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٦ ح ٣ و ٤
 (٣) الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ٧٣٢ .
 (٤) الكافي ج ٧ ص ٢٢ ح ٣ .
 (٥) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ٤ .
 (٦) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٦٠٧ .
 وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٥ ح ١ و ص ٣٨٩ ح ١ و ص ٣٨٥
 ح ٢ و ص ٣٨٧ ح ٦

علي بن محمد عليه السلام رجل أوصي لك جعلني الله فداك بشيء معلوم من ماله وأوصي لأقربائه من قبل أبيه وأمه ، ثم انه غير الوصية فحرم من أعطاه وأعطى من حرمه أيجوز له ذلك ؟ فكتب (صلوات الله عليه) هو بالخيار في جميع ذلك الى أن يأتيه الموت .

ومارواه المشايخ الثلاثة في الموثق عن اسحاق بن عمار (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل كانت له عندي دنائير ، وكان مريضاً فقال لي : ان حدث بي حدث فاعط فلاناً عشرين ديناراً ، واعط أخي بقية الدنائير ، فمات ولم أشهد موته ، فأتاني رجل مسلم صادق فقال لي : أنه أمرني ان أقول لك : انظر الدنائير التي امرتك أن تدفعها الى أخي فتصدق منها بعشرة دنائير أقسمها في المسلمين ، ولم يعلم أخوه أن له عندي شيئاً ، فقال : أرى أن تصدق منها بعشرة دنائير كما قال » .

الى غير ذلك من الأخبار ، وكتب بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين في حواشيه على هذا الخبر الأخير ماصورته : العمل بخبر العدل الواحد في مثل ذلك لا يخلو من اشكال إلا أن يحمل على حصول العلم بالقرائن المنضمة الى اخباره ، ويمكن أن يقال : انما حكم عليه السلام بذلك في الواقعة المخصوصة لعلمه بها ، انتهى .

أقول : لا يخفى على من تتبع الأخبار حق التتبع ، أن المستفاد منها انما هو قبول قول العدل الواحد في غير موضع من الأحكام ، ومن ذلك هذا الخبر .

ومن ذلك أيضاً مارواه الشيخ في الموثق عن سماعة (٢) «قال : سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال : انها امرأتي ، وليست لي بينة ، فقال : ان كان ثقة فلا يقربها ، وان كان غير ثقة لم يقبل منه » ،

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٣ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٧٥ ح ٦١٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٢ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦١ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٦ ح ٢ .

وظاهره كما ترى، النهي عن نكاحها الذي هو حقيقة في التحريم ، وليس ذلك إلا من حيث افادة قول الثقة العلم ، كالشاهدين ، والتأويل بالحمل على الكراهة يحتاج الى المعارض ، وهو منتف ، والمعاضل له موجود ، ومن ذلك ما تقدم في كتاب الوكالة من صحيح هشام بن سالم (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال فيه «ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافه بالعزل عن الوكالة» ، والأصحاب قد صرحوا بأنه لا ينعزل الوكيل إلا مع العلم بالعزل ، والخبر ظاهر أن اخبار الثقة كالمشاهدة للعزل في افادة العلم بالعزل ، ومن ذلك حملة من الأخبار الدالة على جواز وطء الأمة المشتراة بغير استبراء اذا كان البايع عدلاً قد أخبر بالاستيسراء (٢) ، ويؤيده الأخبار الدالة على الاعتماد على أذان الثقة في دخول الوقت (٣) الى غير ذلك من المواضع التي تقف عليها المتتبع البصير ، ولا ينبغي شك مثل خير .

ثم انهم ذكروا ان الرجوع في الوصية ونحوها من العقود الجائزة قد يكون بالفعل وبالقول ، اما صريحاً أو استلزاماً أو باعتبار اشعاره بارادة الرجوع ، فهذه أقسام أربعة :

أحدها - القول الصريح ، كقوله رجعت في الوصية الفلانية ، أو نقضتها أو فسختها ، أو لا تعطوها ما أوصيت به ، أو يقول هو «يعنى الموصى به» لفلان ، أو لوارثي ، أو من جملة ميراثي .

وثانيها - بيع العين التي أوصى بها ، واللازم من البيع نقل العين إلى المشتري ، ويمتنع مع ذلك بقاء الوصية ، وكذا عتق المملوك ، وكتابته ، فان مقتضاهما قطع السلطنة عن المملوك التي من جملة الوصية به ، وكذا الهبة

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٥٠٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ ح ٤ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ١ و ص ٣٨ ح ٢ .

(٣) الوسائل ج ٤ ص ٦١٨ الباب ٣ .

المقرونة بالاقباض ، أما لامعه فهي من القسم الآتي .

وثالثها - فعل ما يدل على ارادة الرجوع وان لم يكن صريحاً ، ويتحقق بفعل مقدمات الأمور التي لو تحققت لناقضت الوصية ، ومنه الهبة قبل القبض كما عرفت ، والعرض على البيع مريداً له ، فانه قرينة دالة على ارادة الرجوع عن الوصية ، ولودلت القرائن في شيء من هذه المواضع على عدم ارادة الرجوع بذلك ، بل كان الغرض أمراً آخر ، عول على تلك القرائن ، لضعف هذا القسم ، حيث ان مناطه القرينة ، ويشكل الحال لو اشتبه الغرض من الطرفين .

ورابعها - الفعل المبطل للاسم الذي هو متعلق الوصية ، كما لو أوصى له بحنطة معينة فطحنها ، أو بدقيق فمعجنه ، أو بعجين فخبزه أو بقطن فغزله ، أو بفزل فنسجه ، أو بدار فهدمها بحيث خرجت به عن اسمها ، أو بزيت فخلطه بغير جنسه ، بحيث لم يتميز ، ووجه البطلان في جميع ذلك ان متعلق الوصية في جميع ذلك هو المسمى الخاص ، وقد زال ، مضافاً الى اشعار هذه الأفعال بالرجوع ، إلا أن تدل هناك قرينة على خلاف ذلك ، كأن يفعل لمصلحة العين ، وقصد بقاءها وحفظها ، كدفع الدود عن الحنطة ، وخبز العجين خوفاً من فساده وضياعه ، وخلطه كذلك ، ونحو ذلك ، فان مرجع هذه الأمور الى القرائن المقترنة بها نفيّاً وإثباتاً ، ولو وقع الفعل من غير الموصى بغير اذنه ، لم يقدح في صحة الوصية ، لانتهاء المقتضي .

قالوا : ولو خلط الزيت بمماثله جنساً فان كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعاً ، لاشتغال حصته على زيادة ، ولم يحصل منه الرضا ببدلها مع عدم امكان فصلها ، وان خلطه بمساوي أو أوردى فالمفهوم من كلام بعضهم أنه لا يكون رجوعاً ، لبقاء المال وعدم اشتماله على وصف مانع .

قال في المسالك : وهو ظاهر مع المساواة ، ومع الأردى يكون القدر الناقص من الوصف بمنزلة اتلاف الموصى له ، فيبقى الباقي على الأصل انتهى ، وأطلق جماعة من الأصحاب كون الخلط موجباً للرجوع ، قال في المسالك : وهو حسن مع

انضمام قرينة تدل عليه .

هذا كله فيما لو كان الموصى به معيناً كهذه الحنطة وهذا الزيت ، ونحو ذلك ، أما لو كان مطلقاً كأن يوصى له بأصواع من حنطة أو زيت أو نحو ذلك ، ثم يطحن ما عنده في بيته أو يمزج أو نحو ذلك فإن ذلك لا يكون رجوعاً ، لعدم اختصاص الموصى به بذلك ، بل لولم يوجد ذلك عنده لوجب شراؤه ، فلا يضر التغير فيما عنده ، وأما أنه لو أوصى بخبز فدقه فتيتاً لم يكن ذلك رجوعاً ، فعلم بأن هذا الفعل لا يدل على الرجوع ، إلا بالقرينة ، مضافاً إلى أصالة بقائها على حالها ، وعلم أيضاً ببقاء اسم الخبز .

قال في المسالك : وفيه نظر ، ولم يبين وجهه ، نعم لو استفيد من القرائن ارادة الرجوع به عمل بها ، ونقل عن القواعد أنه استشكل الحكم في ذلك وألحق بذلك جعل القطن محشواً في فراش وتجفيف الرطب تمرّاً وتقديد اللحم .

فيل ووجه الاشكال ما تقدم ، ومن دعوى أن ظاهر هذه الأفعال يؤذن بالاستيثار بها ، فالظاهر أن الأقرب في ذلك ما تقدم نقله عن المسالك من أن هذه الأمور غير مفيدة للرجوع إلا مع القرينة ، كل ذلك مع التعيين كما تقدم ، وأما مع الإطلاق فلا ، بل يجب تحصيل غيره ، ولو من غير التركة ، هذا ملخص كلامهم في المقام ، والله العالم .

المقصد الثاني في الموصى :

والكلام يقع فيه في مقامات ثلاثة : الاول : اشترط جملة من الأصحاب في الموصى الكمال بالبلوغ والعقل ورفع الحجر ، ومقتضاه عدم صحة وصية غير البالغ ، وإن كان مميزاً مع أن كثيراً من الأخبار دل على صحة المميز وإن لم يبلغ ، وهو أحد الأقوال في المسئلة أيضاً ، وأما العقل فيخرج به المجنون والسكران ، والغير الرشيد كالسفيه ، مع أن لهم في السفيه اختلافاً ، فنقل في

الدروس عن المفيد وسلار والحلبى عدم نفوذ وصيته إلا في البر والمعروف ، وعن ظاهر ابن حمزة عدم نفوذها مطلقاً ، وعن الفاضل أنه أنفذها مطلقاً تارة ، ومنعها مطلقاً أخرى ، قال : وفي حكمه من جرح نفسه للموت ، وأما رفع الحجر فيخرج به العبد ، لأنه وإن قيل بملكه فهو محجور عليه ، كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع (١) قال في الدروس : ولو أعتق ففي نفوذها قولان للفاضل ، قال : وأولى بالنفوذ إذا علق الوصية على حريته ، هذا وأما ما وقع الخلاف فيه مما تقدمت الإشارة إليه فتفصيل الكلام في ذلك أنه قد سوغ الشيخ في النهاية ' وصية الصبي في المعروف إذا كان له عشرين سنين إذا كان وضع الشيء مواضعه ، ومردودة في غير البر ، ومتى كان سنه أقل من ذلك لم تجز وصيته ، قال : وقد روي أنه إذا كان ابن ثمان سنين جازت وصيته في الشيء اليسير في أبواب البر ، والأول أحوط وأظهر ، وكذا يجوز صدقة الغلام إذا بلغ عشرين سنين ، وهبته وعتقه إذا كان بالمعروف في وجه البر ، وأما ما يكون خارجاً عن ذلك فليس بمعنى على حال ، وبذلك قال ابن البراج .

وقال الشيخ المفيد : إذا بلغ الصبي عشرين سنين جازت وصيته في المعروف في وجوه البر ، وكذلك المحجور عليه لسفه إذا أوصى في بر أو معروف جاز وصيته ، ولم يكن لوليه الحجر عليه في ذلك ، ولا تجوز وصية الصبي والمحجور عليه فيما يخرج من وجوه البر والمعروف ، وهبتهما باطلة ، ووقفهما وصدقتهما كوصيتهما جائزة إذا وقعا موقع المعروف .

وقال سلار : السفه لا تمضي وصيته إلا في وجوه البر والمعروف خاصة ، والصبي إن بلغ عشرين سنين جازت وصيته أيضاً في البر والمعروف خاصة ، ولا تمضي هبته ولا وقفه ، وكذلك السفه .

وقال أبو الصلاح : لا تمضي وصية من لم يبلغ عشرين سنين ، والمحجور عليه

إلا ما تعلق بأبواب البر .

وقال ابن الجنيدي : اذا أوصى الصبي وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز .

وقال ابن حمزة : انما تصح وصية الحر البالغ كامل العقل أو في حكمه ، ونفذ تصرفه في ماله ، وحكم كمال العقل يكون للمراهق الذي لم يضع الأشياء في غير مواضعها ، فان وصيته وصدقته وعتقه وهبته بالمعروف ماضية دون غيرها . وقال محمد بن ادريس : الذي يقتضيه أصول مذهبنا أن وصية غير المكلف البالغ غير صحيحة ، سواء كانت في وجوه البر أو غير وجوه البر ، وكذلك صدقته وعتقه وهبته ، لان وجود كلام الصبي غير البالغ كعدمه ، ولأنه بلا خلاف محجور عليه ، غير ماض فعله في التصرف في أمواله بغبر خلاف بين الأمة ، ولقوله تعالى (١) « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » فأمرنا بالدفع للأموال اليهم بعد البلوغ ، وهو في الرجال الاحتلام أو الانبات ، أو خمس عشر سنة ، وفي النساء الاحتلام أيضا أو الانبات أو بلوغ تسع سنين ، أو الحمل أو الحيض مع ايناس الرشد وحده ، أن يكون مصلحاً لماله ، مصلحاً لدينه ومن أجاز شيخنا وصيته وعتقه وهبته ليس كذلك ، لقوله ﷺ (٢) « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم » ، ورفع القلم عنه يدل على أنه لا حكم لكلامه ، وانما هذه أخبار آحاد أو ردها في النهاية ايراداً .

أقول : والواجب أولاً كما هي قاعدتنا في الكتاب نقل جملة الروايات الواردة في هذا الباب والكلام في ذلك بتوفيق الملك الوهاب ، فمن الأخبار ما رواه الصدوق في الصحيح عن أبي عمير عن أبان عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣) « قال : قال أبو عبد الله ﷺ اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته » ورواه الكليني أيضاً بسند غير نقي .

(١) سورة النساء - الآية ٦ .

(٢) الوسائل ج ١ ص ٣٢ الباب ٤ ح ١٠ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠١ ، الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣ .

وما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم عن زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال :
إذا أتني على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى
على حد معروف وحق فهو جائز .

وما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن منصور بن حازم (٢) عن
أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين
جازت وصيته .

وعن عبدالرحمن بن أبي عبدالله في الموثق (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال :
إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته ، وإذا بلغ عشر سنين جازت وصيته .
وعن أبي بصير وأبي أيوب (٤) في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن
عشر سنين يوصي ؟ قال : إذا أصاب موضع الوصية جازت .

وما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن محمد بن
مسلم (٥) قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى
ولم يدرك جازت وصيته ، لأولى الأرحام ، ولم تجز للفرماء .

وعن أبي بصير (٦) في الصحيح والظاهر أنه المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام
قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته ، فإذا كان
ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته .

وما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن محمد بن مسلم (٧) عن

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ج ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٩ ، الفقيه
ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٢ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٧٣٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣ و ٤
و ص ٤٣٠ ج ٧ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٦ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ج ٧٢٧ و ٧٢٨ . الكافي ج ٧ ص ٢٨ ج ٢ .

(٦) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ج ٧٣٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٣ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٥ و ٦ و ص ٤٢٨ ح ١ و ٢ .

(٧) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ج ٧٣٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٥ ح ٥٥ .

أحدهما ^{الثلاثة} قال : يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل ، وصيته وصدقته وان لم يحتلم .

هذا ما حضرني من أخبار المسئلة وهي ظاهرة الدلالة فيما ذكره المشايخ المتقدم ذكرهم ، وهو ظاهر الصدوق (قدس سره) أيضاً حيث نقله جملة منها في كتابه من غير تعرض لردّها ، ولا الطعن فيها بوجه ، وبه يظهر ضعف ما ذكره ابن ادریس وما تعلق به من الأدلة الدالة على الحجر على الصبي حتى يبلغ ، يمكن تخصيصها بهذه الأخبار ، فانها مع تعددها وصحة أكثرها ورواية المشايخ الثلاثة لها وقول الطائفة بها لا يمكن التجاسر على ردّها واطراحها بالكلية ، كما هو مقتضى كلامه ، ولكنه صحيح على أصله الغير الأصيل ، وقاعدته المخالفة لما عليه كافة العلماء جيلاً بعد جيل .

وظاهر العلامة في المختلف الميل الى مذهب ابن ادریس هنا ، وان لم يصرح باختباره ، حيث قال بعد نقل ما قدمنا من الأقوال ، ونقل جملة من روايات المسئلة مالفظه : وهذه الروايات وان كانت متظافرة ، والأقوال مشهورة ، لكن الأحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ ، لعدم مناط التصرف في المال عنه ، انتهى .

والى ذلك يميل أيضاً كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، بل ربما ظهر منه اختياره حيث قال : وابن ادریس سدّ الباب واشترط في جواز الوصية البلوغ كغيرها ونسبه الشهيد في الدروس الى التفرد بذلك ، ولا ريب أن قوله هو الأشبه لأن هذه الروايات التي دكت على الحكم وان كان بعضها صحيحاً إلا انها مختلفة ، بحيث لا يمكن الجمع بينها ، واثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل ، انتهى .

أقول : لا يخفى على المتأمل في هذه الأخبار وهي أخبار المسئلة كمالاً أنه متى ضم بعضها الى بعض مطلقها الى مقيدها ، ومجمّلها الى مفصلها ، وعامّها الى خاصها ، فانه ينتج منها جواز وصية ابن عشر سنين ، اذا كان ذا تمييز : وكانت وصيته موافقة لوصية العقلاء من وضع الأشياء مواضعها ، وهو المشار اليه بالوصية بالمعروف

يعنى بين العقلاء ، وهذا أمر متفق عليه منها ، باعتبار ما قلناه من ضم بعضها الى بعض ، واختلافها في ما عدا ذلك لا يوجب ردها فيما اتفقت فيه .

وبذلك يظهر ما في قوله أنها مختلفة لا يمكن الجمع بينها ، فانه على اطلاقه ممنوع ، وممن قال بالقول المشهور وجزم به المحقق وشيخنا الشهيد .

وأما ما ذكره في المختلف من أن الأحوط عدم انفاذ وصيته مطلقا ، فانه قد اعترضه شيخنا الشهيد في شرح الارشاد بأن الاحتياط للوارث مع عدم الحجر عليه انفاذا ، اللهم إلا أن يريد بذلك أن الأحوط للموصى له أن لا يقبل وصية الصبي وفيه بعد ، مع امكان كون الوصية في جهة عامة أو لطفل مولى عليه ، فلا يتصور الاحتياط هنا ، وان أراد به معنى آخر فلا بد من افادته ، واقامة الدليل عليه .

وبالجملة فالأقدام على رد ما تظاهرت به الفتوى واشتهرت به الرواية من طريق أهل البيت عليه السلام مشكل ، انتهى وهو جيد نفيس .

وأما ما تقدم نقله عن الدروس من الخلاف في السفه بما ذكره ، فلم أقف له في الأخبار على أثر .

وأما ما تقدم نقله عن ابن الجنيد ، فالظاهر أن مستنده فيه رواية الحسن بن راشد (١) عن العسكري عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجائز أمره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود ، واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك ، وظاهرها هو حصول البلوغ لكل من الصبي والصبية ببلوغ الثمان والسبع ، وهو مخالف لاجماع المسلمين وأخبارهم ، وابن الجنيد هنا اقتصر على الوصية . ولا وجه لتخصيصها بالذكر ، فانه ان عمل بالرواية وجب عليه القول بجميع ما اشتملت عليه ، وان خالف اجماع المسلمين واخبارهم ، وإلا فالواجب طرحها وارجاعها الى قائمها ، والله العالم .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٣ ح ٧٣٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ٤ .

المقام الثاني: قد صرحوا بأنه لو جرح الوصي نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى، فإنه لا تقبل وصيته، ولو أوصى قبل ذلك قبلت، وتدلل على ذلك صحيحة أبي ولاد (١) المروية بطرق المشايخ الثلاثة (قدس الله ارواحهم) « قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها، قيل له: أرايت ان كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه متعمداً من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: ان كان أوصى ان يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت، أجزت وصيته في ذلك وان كان أوصى بوصية بعدما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته، وهي مع صحة سندها صحيحة في المراء، وما ذكرناه من بطلان الوصية اذا وقعت بعد الفعل المذكور، هو المشهور بين الأصحاب (رضي الله عنهم) وبه صرح الشيخان وأبو الصلاح وابن البراج، ونقله ابن الجنيدي رواية عن الصادق عليه السلام وقال ابن ادريس: الذي يقتضيه اصولنا وتشهد بصحته أدلتنا أن وصيته ماضية صحيحة اذا كان عقله ثابتاً عليه.

واحتج في المختلف على القول المشهور زيادة على الصحيحة المذكورة، قال لنا: أنه سفيه فلا ينفذ تصرفه، ولأنه في حكم الأموات، فلا يتصرف في مال غيره، ولأنه قاتل نفسه، فلا يتصرف في ماله، كالوارث لو قتله منع منه.

واعترضه في المسالك: فقال: والكل ضعيف، أما السفيه فلأن الفرض انتفائه وثبوت رشده، وان اشترطنا انتفائه في غيره، ومن الجائز أن يفعل بنفسه ذلك لعارض ثم يرجع اليه رشده لو فرض زوال حالته، وأما عدم استقرار حياته فيكون في حكم الميت فليس بشرط، والأصل يقتضي نفوذ تصرف الحسي العاقل الجامع لباقي الشرائط مطلقاً، والنصوص الدالة على نفوذ المريض مطلقاً متناولة له،

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٠ وفيه « قلت له »، الفقيه ج ٤ ص ١٥٠

ح ٥٢٢ وليس فيهما « لعله يموت »، الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤١ الباب ٥٢.

والقياس على عدم حل المذبوح حينئذ لأنه بمنزلة الميت فاسد ، ان سلم الأصل وسيأتي ان شاء الله تعالى ما فيه في بابيه ، ومن ثم وجبت الدية على قاتله في هذه الحالة ، وحكم اللحم حكم آخر ، وأما حديث منع القاتل عن الميراث وجعل الوصية كالميراث فواضح الفساد ، فلم يبق إلا العمل بالنص الصحيح ان اقتضاء أصل المعنى ، أو ردّه بأحد الوجوه المقتضية له ، ككونه آحاداً أو مخالفاً للأصول كما اختاره ابن ادريس (رحمة الله عليه) محتجاً على الصحة بأنه حي عاقل مكلف ، وبالنهي عن تبديل الوصية بعد سماعها بالقرآن الذي هو حجة المتناول بعمومه لمحل النزاع ، أو بمنع تخصيص القرآن بخبر الواحد . ولكلام ابن ادريس وجه وجيه ، وان كان الوقوف مع المشهور والعمل بالنص الصحيح أقوى ، انتهى كلامه زيد مقامه .

أقول : ما ذكره في رد الوجوه العقلية التي استدلل بها العلامة جيد ، وانما الكلام في قوله نقل حجة ابن ادريس : ولكلام ابن ادريس وجه وجيه ، وبنحو ذلك أيضاً صرح في المختلف بعد نقل حجة ابن ادريس المذكورة ، فقال . وقول ابن ادريس (رحمة الله عليه) لا بأس به .

وأنت خير بأن مرجع ترجيحها لمذهب ابن ادريس في هذه المسئلة وفي سابقتها الى أن مذهب ابن ادريس هو الأوفق بالأصول والآيات القرآنية ، ولهذا ان شيخنا المذكور في الروضة في المسئلة السابقة قال : ان قول المشهور مستند الى روايات متضاربة ، بعضها صحيح ، إلا أنها مخالفة لأصول المذهب والاحتياط ، وفيه أنه لا يخفى على المتتبع للأحكام أن ما ذكره هنا لا خصوصية له بهذا المقام ، ونظائره في الأحكام أكثر من أن يأتي عليه قلم الأحصاء ، أو يدخله العد والاستقصاء ، وما أنا إذ كرك ما خطر بالبال العليل مما هو من هذا القبيل ، فمن ذلك مسئلة الحبوة فقد دلت الآيات والروايات على أن ما خلفه الميت يكون ميراثاً لجميع الورثة ، مع أنهم قد عملوا بأخبار الحبوة ، وخصصوا بها تلك الأدلة من الآيات والروايات ، ومن ذلك ميراث الزوجة فانهم قد اتفقوا على حرمانها من

بعض التركة ، وان اختلفوا في ذلك زيادة ونقصانا ، مع دلالة الآيات والروايات على ميراثها من جميع ما يخلفه الميت ، مع أنهم قد خصصوا تلك الأدلة بهذه الروايات ، ومن ذلك من عقد على امرأة ، ومات في مرضه قبل الدخول بها ، فان مقتضى الأصول من الآيات والروايات أنها ترثه ، لأنها زوجة بلا خلاف ، مع أن صحيح زرارة (١) قد دل على المنع من ذلك ، فقالوا بمضمونه وخصصوا به تلك الأدلة ، وهي رواية واحدة ، وان كانت صحيحة كما هو في الموضوع الثاني من هذين الموضوعين .

ومن ذلك ما اذا طلق الرجل امرأة في مرضه الذي مات فيه ، فانها ترثه الى سنة ، وان خرجت من العدة أو كان الطلاق بائناً ما لم يبرأ من مرضه ، أو تتزوج فإن مقتضى الأصول كتاباً وسنة ، أنها بعد الخروج من العدة أو كون الطلاق بائناً تكون أجنبية لاسبب ولاناسب بينها وبينه ، فكيف ترثه مع ان الرواية (٢) قد دلت على الارث كما عرفت ، وقالوا بمضمونها مع أنها أشد شيء في الخروج عن قواعد المذهب .

ومن ذلك أخبار التخيير في المواضع الأربعة ، فان مقتضى الأصول من الآيات والروايات وجوب التقصير على المسافر كائنا ما كان ، مع أنهم قد خصصوا بهذه الأخبار ، ولهذا صارت أخبار هذه المسئلة مثل أخبار الحبة من خواص مذهب الشيعة الى غير ذلك من المواضع ، وهؤلاء الأفاضل من جملة من قال بما ذكرناه في هذه المسائل ، ولم ينكر ذلك كما انكره هنا ، والجميع كما عرفت من باب واحد .

وبذلك يظهر لك ضعف ما ذهب اليه ابن ادريس ومن تبعه ، وموضع الخلاف فيما اذا تعمد ذلك كما هو صريح الصحيحة المتقدمة ، وكذا كلام الأصحاب ،

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ ح ١٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ ح ٥٥ .

وهما في الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٧ ح ٣ و ص ٥٣٣ ح ٢ .

فلو وقع ذلك عن خطأ أو سهو لم تمتنع وصيته اجماعاً ، كما نقله في الروضة .

المقام الثالث : المشهور بين الأصحاب (رضي الله عنهم) أنه لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجد للأب خاصة ، وقال ابن الجنيدي : الأب الرشيد أولى بأمر ولده الأطفال من كل أحد ، وكذا الأم الرشيدة بعده ، وهو ظاهر في أن لها الولاية كالأب اذا كانت رشيدة ، وردّه الأصحاب بالضعف والشذوذ .

قال في المسالك : لما كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل ، إذ الأصل عدم جواز تصرف الانسان في مال غيره بغير اذنه أو ما في معناه ، وجب الاقتصار في نصب الولي على الأطفال على محل النص أو الوفاق ، وهو نصب الأب أو الجد له ، فلا يجوز للحاكم وان كان ولياً عليهم ، ان ينصب بعده عليهم ولياً ، لأن ولايته مقصورة عليه حياً ، فاذا مات ارتفع حكمه ، وان جاز له أن يوكل حياً عليهم ، لأن له الولاية حينئذ ، ويشمل اطلاق المنع من تولية غيرهما الوصي من أحدهما ، فليس له أن يوصي عليهم بالولاية مع عدم نصهما على ذلك على أصح القولين ، وسيأتي ان شاء الله تعالى ، أمّا مع النص فتولية الوصي في معنى تولية أحدهما ، لصدوره عن اذنه كما جازت ولاية الوصي ابتداء عنهما .

ثم أنه بعد ذلك أشار الى خلاف ابن الجنيدي الذي قدمنا ذكره ، حيث ان المصنف أفرد بالذكر ، فقال : ولا ولاية للأم ، ولا يصح منها الوصية عليهم ، فقال الشارح : وانما خص الأم بالذكر بعد دخولها في السابق لاثبات ابن الجنيدي (رحمة الله عليه) الولاية لها مع رشدها بعد الأب ، وهو شاذ .

أقول : ومما فرعوا على الكلام المتقدم وهو أن الولاية على الصغار مخصوصة بالأب والجد له وان علا ، دون غيرهما ما لو أوصت الأم أو أحد الأقارب لطفل بمال ونصب قيماً يصرف المال على الطفل المذكور في مصالحه وما يحتاج اليه ، فان للأب أو الجد انتزاعه عن ذلك القيم ، بمعنى أن الوصية بالمال صحيحة ، ولكن نصب القيم باطل ، لأن ولاية الأب والجد شرعية ، فلا يعارضها وصية ذلك الوصي .

قال في الدروس : ولولاية للأُم على الأطفال ، فلو نصبت عليهم ولياً لفي ، ولو أوصت لهم بمال ، ونصبت عليه فيما لهم صح في المال خاصة ، ثم نقل قول ابن الجنيدي ، وسيأتي ان شاء الله تعالى ما يزيد المقام تحقيقاً .

المقصد الثالث في الموصى به :

وفيه مسائل : الأولى : الموصى به قد يكون جنساً ، وقد يكون منفعة موجوداً بالفعل ، كالولد والثمره الموجودة في الحال ، أو مظنون الوجود كالحمل ، أو مشكوك فيه كالآبق ، والطير في الهواء والسماك في الماء ، أو موجوداً بالقوة كما تحمله الأمة أو الدابة أو الشجرة ، أو موجوداً على التدريج كسكنى الدار ، فان الوصية بجميع ذلك نافذة عند الأصحاب ، كما صرح به في الدروس .

وكيف كان فانه يعتبر فيهما الملك بالنظر الى الموصى والموصى له ، فلا تصح الوصية بالخمير أو الخنزير ، ولا كلب الهراش ولا الحر ، ولا الحشرات ولا الفضلات ، لعدم المملوكية في الجميع بالنسبة الى المسلم ، وان جاز اقرار الكافر على وصيته بالخمير والخنزير لمثله ، وكذا لا تصح الوصية بما لا ينتفع به كحبة من حنطة ونحوها .

قيل : واحترز بكلب الهراش عن الكلاب الأربعة والجرّ القابل للتعليم ، فتصح الوصية بها ، لكونها مملوكة ، لها قيمة ومنفعة كما ذكره جملة من الأصحاب كالشهيدين وغيرهما .

أقول : قد تقدم في كتاب التجارة تحقيق الكلام في هذا المقام (١) ، وقد أوضحنا أنه لا يجوز البيع ولا التملك بشي من أفراد الكلاب إلا كلب الصيد خاصة ، كما هو أحد الأقوال في المسئلة ، وأمّا ما عداه فلا دليل عليه من الأخبار ، إلا أنهم ألحقوا به هذه الكلاب الباقية لعلّة المشاركة في الانتفاع ، وفيه ما لا يخفى .

واما السباع فالظاهر جواز الوصية بها ، لحصول الانتفاع بجلودها وريشها ، والمراد بما لا ينتفع به يعنى نفعاً معتداً به في نظر العقلاء بحيث يكون متمولاً فلا تصح الوصية بحبة من حنطة ونحوها ، كما لا يصح بيعه ولا المعاوضة به ، وفي ذكر قيد الانتفاع بعد الملك الراجع الى تقييد الملك بذلك اشارة الى ما هو الظاهر من كون نحو الحبة من الحنطة مملوكاً حتى لا يجوز غصبها من المالك ، وان لم تجز المعاوضة عليها ، لعدم التمول .

الثانية : المشهور أنه يتقدر الموصى به بقدر ثلث التركة فما دون ، فلو أوصى بما زاد بطل في الزائد إلا مع اجازة الوارث .

ونقل العلامة في المختلف ومن تأخر عنه عن الشيخ علي بن بابويه نفوذ الوصية من الأصل مطلقاً ، قال في المختلف : وقال علي بن بابويه (رحمة الله عليه) : فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، فان أوصى بماله كله فهو أعلم وما فعله ، ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما أوصى ، انتهى .

أقول : أما ما ذكره (رضي الله عنهم) من التقدير بالثلث ، فهو مدلول جملة من الأخبار .

ومنها ما رواه في التهذيب عن علي بن عقبة (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه إلا ثلثه ، وسائر ذلك ، الورثة احق بذلك ، ولهم ما بقي » .

وعن محمد بن مسلم (٢) « عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه فقال : ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق » .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٨١ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢١٩ ح ٨٥٩ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٤ وص ٤٥٩ ح ٤ .

وعن السكوني (١) «عن جعفر عن أبيه عن علي بن أبي طالب قال : ان رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره ، قال : سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يقول : يستسعى في ثلثي قيمته للورثة .»

وعن الحسين بن محمد الرازي (٢) قال : «كتبت الى أبي الحسن بن علي بن الرجل يموت فيوصي بماله كله في أبواب البر ، وبأكثر من الثلث هل يجوز ذلك له ؟ وكيف يصنع الوصي ؟ فكتب بن علي بن الرجل تجاز وصيته ما لم يتعد الثلث .»

ومارواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير (٣) «عن أبي عبد الله بن علي بن الرجل قال : ان أعتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية ، وأعتق الخادم من ثلثه ، إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية .»

ومارواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مرادهم) عن حمزان (٤) «عن أبي جعفر بن علي بن الرجل أوصى عند موته وقال أعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة التي أمر بعتقهم ، قال : ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شيء ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس وان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمي أخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك ، وفي هذا الخبر كما ترى تصريح بأنه لا يملك في الوصية زيادة عن الثلث فمن أجل ذلك تبطل الوصية في الزائد .»

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن أحمد بن محمد بن عيسى عن العباس بن معروف (٥) «قال : كان لمحمد بن الحسن بن أبي خالد غلام لم يكن به بأس

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٨٢٨ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٥ ح ٧٨٤ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٦ ، الكافي ج ٧ ص ١٧ ح ٢ .

(٤) التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٨ ، الكافي ج ٧ ص ١٩ ح ١٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٧ ح ٤٥٥ .

(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٩٨ ح ٧٩٠ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ح ٥ و ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٥

و ص ٤٥٨ ح ٣ و ص ٤٥٧ ح ١ و ص ٣٦٦ ح ٧ .

عارف يقال له ميمون ، فحضره الموت فأوصى الى أبي الفضل العباس بن معروف بجميع ميراثه وتركته أن أجعله دراهم وأبعث بها الى أبي جعفر الثاني عليه السلام وترك أهلاً حاملاً واخوة قد دخلوا في الاسلام ، وأمّا مجوسية ، قال : ففعلت ما أوصى به وجمعت الدراهم ، ودفعتها الى محمد بن الحسن ، وعزم رأيي أن أكتب اليه بتفسير ما أوصى به الى ، وما ترك الميت من الورثة ، فأشار الى محمد بن بشير وغيره من أصحابنا أن لا أكتب بالتفسير ولا أحتاج اليه ، فإنه يعرف ذلك من غير تفسيري ، فأبيت إلا أن أكتب اليه بذلك على حقه وصدقه ، فكتبت وحصلت الدراهم وأوصلتها اليه عليه السلام فأمره أن يعزل منها الثلث ، يدفعها اليه ، ويرد الباقي على وصية يردها على ورثته .

وما رواه في التهذيب عن العباس بن معروف (١) « قال : مات غلام محمد بن الحسن وترك أختاً وأوصى بجميع ماله له عليه السلام قال : فبعنا متاعه فبلغ ألف درهم وحمل الى أبي جعفر عليه السلام » قال : وكتبت اليه وأعلمته أنه أوصى بجميع ماله له ، قال : فأخذ ثلث ما بعثت به اليه ، ورد الباقي وأمرني أن أدفعه الى وارثه .

وعن العباس عن بعض أصحابنا (٢) « قال : كتبت اليه : جعلت فداك أن امرأة أوصت الى امرأة ودفعت اليها خمسمائة درهم ، ولها زوج وولد فأوصتها أن تدفع سهماً منها الى بعض بناتها ، وتصرف الباقي الى الامام فكتب عليه السلام : تصرف الثلث من ذلك الي ، والباقي يقسم على سهام الله عز وجل بين الورثة » ، الى غير ذلك من الأخبار .

وأما أنه مع اجازة الورثة تجوز الوصية بالزيادة على الثلث ، فتدل عليه أيضاً جملة من الأخبار منها ما رواه الشيخ عن ابن رباط عن منصور بن حازم (٣) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٧ و ٩٣٨ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٣ ح ٧٧٦ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٦ ح ٨ و ٩ و ص ٣٧٢ ح ٢ .

ج ٢٢ في جواز الوصية بالزائد عن الثلث مع اجازة الورثة ٤٢١

شهود، فأجازوا ذلك له، قال: جائز قال ابن رباط وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته وأقروا به.

وما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن محمد بن مسلم (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقروا به؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم إذا أقروا بها في حياته».

وما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مضاجعهم) في الصحيح عن منصور بن حازم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

وما رواه المشايخ المذكورون عن أحمد بن عيسى (٣) «قال: كتب أحمد بن اسحاق إلى أبي الحسن عليه السلام أن درة بنت مقاتل توفيت وتركته ضيعة أشقاصاً في موضع وأوصت لسيدتها في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، ونحن أوصيائنا وأحببنا أن ننهي ذلك إلى سيدتنا، فإن أمر بامضاء الوصية على وجهها أمضيناها وإن أمر بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمر به إن شاء الله تعالى، فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها من تركها إلا الثلث فإن تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم إن شاء الله».

وما نقل عن الشيخ علي بن الحسين بن بابويه، فإن العلامة في المختلف قد نقل عنه أنه احتج على ذلك برواية عمار الساباطي (٤) «عن الصادق عليه السلام قال: الرجل أحق بماله مادام فيه الروح، أن أوصى به كله فهو جائز له».

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٣ و ٧٧٥ و ٧٧٦، الفقيه ج ٤ ص ١٤٧ ح ١٢٥ و ص ١٤٨ ح ٥١٣، الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ١
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٢. الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٨٠، الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ٢
(٤) التهذيب ج ٩ ص ١٨٦ ح ١
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧١ ح ١ و ص ٣٦٤ ح ١ و ص ٣٧٠ ح ١٩.

ثم قال في المختلف : والرواية ضعيفة ، والمطلوب مستبعد ، والآحاديث الصحيحة معارضة لهذه الرواية ، مع أن الشيخ تأولها على من لا وارث له ، أو على ما إذا أجاز الورثة ، ومع ذلك فهي قاصرة عن افادة المطلوب ، فانا نقول بموجبها فان المريض أحق بماله مادام فيه الروح يفعل به ما يشاء في حياته ، وإذا أوصى به كله جاز ، فان أجاز الورثة بعد ما أوصى به ، وإلا فسخت الوصية في الثلثين ، وقد روى ابنه في المقنع (١) « أن الصادق عليه السلام سئل عن رجل أوصى بماله في سبيل الله عز وجل ، فقال : أطلقه الى من أوصى له به ، وان كان يهودياً أو نصرانياً فان الله عز وجل (٢) يقول « فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ، ان الله سميع عليم » ثم قال عقيب هذه الرواية ، ماله هو الثلث ، لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث ، انتهى .

أقول : لا يخفى على من وقف على ما قدمناه في كتب العبادات في مواضع عديدة من أن الشيخ علي بن بابويه (قدس سره) أكثر ما نذكره سيما من الفتوى الغربية انما هو مأخوذ من كتاب الفقه الرضوي ، وان كان على خلاف ما تكاثرت به الأخبار ، وهذا الموضع من جملة ذلك ، فان عبارته المذكورة عين عبارة الكتاب حيث قال عليه السلام في الكتاب المذكور (٣) « فان أوصى رجل بربع ماله فهو أحب الي من ان اوصى بالثلث ، فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما اوصى به » ، انتهى .

وأنت خير - بأن اعتماد هذا الشيخ الجليل على الفتوى بعبارة الكتاب مع مخالفتها للأخبار الكثيرة كما هنا ، وقد تقدم أمثاله أيضا في غير موضع - أدل دليل على اعتماده على الكتاب المذكور ، وجزمه بأنه كلامه عليه السلام ، ولكن متأخرى

(١) المستدرک ج ٢ ص ٦٢٤ الباب ٣١ ح ٣ .

(٢) سورة البقرة - الآية ١٨١ .

(٣) المستدرک ج ٢ نقل صدره في ص ١٩٥ في باب ٨ ح ٢ وذيله في ص ٥٢٠

في باب ٩ ح ٦ .

أصحابنا (رضوان الله عليهم) حيث لم يصل الكتاب اليهم تكلفوا للاستدلال له ببعض الأخبار ، واعترضوا عليها كما هنا بعدم الدلالة أو بنحو ذلك ، وهو غفلة عما ذكرناه مما وفقنا الله اليه ، ويسر لنا الوقوف عليه .

تنبيهات :

الاول : قالوا لو كانت الورثة جماعة فأجاز بعضهم نفذت الاجازة في نصيبه من الزائد ، قيل : والوجه فيه أن الوصية لما كانت ما قبل التبعض ، لكونها تبرعاً محضاً وكان الزائد عن الثلث منها موقوفاً على اجازة الوارث جاز له اجازة البعض كما تجوز له اجازة الجميع ، لأن ذلك حقه ، فله التبرع بجملته وبعضه ، وكما يجوز ذلك لبعض الورثة دون بعض ويلزم كل واحد جملة ، كذلك يجوز اجازة البعض منهم جميعاً ، كالنصف والثلث ، ويتقدر بالقدر المجاز ، دون ما عداه .

قالوا : فلو فرض كون الوارث ابناً وبناتاً ، وأوصى بنصف ماله فان أجازا معاً فالمسئلة من ستة ، لأن لهما نصف التركة أثلاثاً بينهما ، وللموصى له نصفها ، وان رد الوصية معاً فالمسئلة من تسعة ، لأن لهما ثلثي التركة أثلاثاً بينهما ، وهي ستة من تسعة ، ثلاثة للموصى له ، لأنها ثلث التركة ، وان أجاز أحدهما فالمسئلة من ثمانية عشر ، فللموصى له من حيث الوصية وعدم الاجازة ، الثلث ستة ، ولهما ميراثاً من ذلك اثني عشر أثلاثاً بينهما ، فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل اليه من السدس الزائد ، فلو أجاز ابن خاصة ، كان له ستة من الثمانية عشر لأنه قد سقط منه اثنان بالاجازة ، وقد كانت حصته ثمانية ، فيدفع منها الى الموصى اليه سهمان ، وتبقى له ستة ، ولو أجازت البنات خاصة كان لهما ثلاث من ثمانية عشر ، لأن الذي لها قبل الاجازة أربعة ، فتدفع منها الواحد بالاجازة منهما للموصى اليه ، ومنه يعلم انه لو أجازا معاً فللموصى اليه زيادة على الستة التي تثبت بالوصية ثلاثة ، سهمان من الولد وسهم من البنات فيكون للموصى له تسعة ، وهي نصف الفريضة ، وللولد ستة ، وللبنات ثلاثة ، وعلى هذا فقس .

الثاني : المشهور بين الأصحاب (رحمهم الله) أن اجازة الوارث لازمة له سواء كانت في حال حياة الموصي أم بعد موته ، ونقل عن الشيخ المفيد وسلاار وابن ادريس اختصاص اللزوم بما بعد الوفاة ، فلو أجاز في حال الحياة جازله الرجوع عنها بعد الوفاة ، ويدل على القول المشهور ما تقدم من صحيحة محمد بن مسلم (١) ، وبطريق آخر منصور بن حازم ، وهي صحيحة صريحة في أنهم لو أجازوا في حال الحياة لزمهم ذلك ، وليس لهم أن ينقضوا ذلك بعد الوفاة .

واستدل عليه في المختلف أيضاً بجملة من الأدلة الاعتبارية ، وبعضها يصلح وجهاً للنص المذكور ، وبيان العلة فيه ، وبعضها يصلح للتأكيد .

ونقل المختلف عن ابن ادريس بأنه احتج بأنه اجازة فيما لا يستحقونه بعد فلا يلزمهم ذلك بحال ، وردّ بأن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي أو الورثة ، لأنه ان برأمن مرضه فالمال له ، وان مات كان للورثة ، فان كان للموصي فانه قد أوصى ، وان كان للورثة فانهم قد أجازوا ، ولأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث انما هو لحق الورثة ، فهو متحقق في حال الحياة ، فاذا أجازوا فقد أسقطوا حقهم .

وبالجملة فانه مع قطع النظر عما ذكرناه من الجواب ، لوجه لهذا الاحتجاج في مقابلة النص الصحيح الصريح ، وهل هو إلا الاجتهاد المحض في مقابلة النصوص وجرأة على أهل الخصوص .

قال في المسالك : ولا فرق على ذلك بين كون الوصية والاجازة حال صحة الموصي ومرضه المتصل بالموت وغيره ، لاشتراك الجميع في المقتضي ، والفرق بين اجازة الوارث حال الحياة ورده حيث لم يؤثر الثاني دون الأول ، أن الوصية مستمرة ببقاء الموصي عليها ، فيكون استدامتها كابتدائها بعد الرد ، فلا يؤثر ، بخلاف الرد بعد الموت ، لانقطاعه حينئذ ، وبخلاف الاجازة حال الحياة ، لأنها حق للوارث

ج ٢٢ في كون اجازة الوارث بعد موت الموصي تنفيذاً للوصية ٤٢٥

وقد أسقطه فلاجحة لاستمراره ، ودوام الوصية يؤكدها ، انتهى .

أقول : قوله « والفرق بين اجازة الوارث الى آخره » ، كأنه جواب سؤال مقدر من جانب ابن ادريس ، وما استدلل به ، وتقديره أنه في تلك الحال التي أوصى الموصي وهي حال حياته كما أنه لا يصح فيها رد الورثة للموصية ، فكذلك لا تصح فيها اجازتهم ، فاجاب بالفرق المذكور بين الرد في تلك الحال والاجازة ، فان الوصية مستمرة ببقاء الموصي عليها ، والاستمرار يجري مجرى تعددها حالاً فحالا فلوفرز الرد في أثناء هذه ، فان ما بعده في حكم تجديد عقد آخر من حيث اقتضاء الاستمرار ذلك ، فلا تأثير للرد حينئذ في تلك الحال ، بخلاف الرد بعد الموت ، لانقطاع الاستمرار بالموت فيؤثر ، وبخلاف الاجازة حال الحياة ، لأن الاجازة حق له ، وقد أسقطه فلاوجه لاستمراره ، وأنت خبير بأن الأصل في ذلك النص ، وهذه تصلح وجوهاً له كما تقدم ، والله العالم .

الثالث : المفهوم من كلام الأصحاب (رضي الله عنهم) من غير خلاف يعرف أن اجازة الوارث للوصية بما زاد عن الثلث بعد الموت تنفيذ ، لما أوصى به الموصي ، لا ابتداء عطية من الوارث ، باعتبار انتقال الحق اليه بالموت ، أما قبل الموت فلا اشكال في ذلك ، لأن الوارث لا يملك ، فلا يمكن احتمال العطية منه ، وانما محل الكلام بعد الموت ، لما عرفت من انتقال الحق الى الوارث بالموت ، والأصحاب كما ذكرنا ، على أنه تنفيذ لاعطية ، قال في المسالك وهو مذهب الأصحاب ، لا يتحقق فيه خلاف بينهم ، وانما يذكر الآخر وجهاً أو احتمالاً ، وانما هو قول العامة والمرجح عندهم ما اخترناه أيضاً ، انتهى .

وعلل القول المشهور بأن الملك باق على المريض لم يخرج عنه بمرضه ، فيصح تصرفه فيه لمصادفته الملك ، وحق الوارث إنما يثبت في ثنائي الحال فأشبهه بيع شقص الشفيع وارث الخيار ، حيث تترتب عليه اجازة المبيع ، فانه لا يكون ابتداء بيع ، بل تنفيذ لما فعل سابقاً ، وأيضاً فان الوارث ليس بمالك ، وثبوت حق

الاجازة له لا يقتضى الملك ، لأن الحق أعم منه ، فتصرف الموصي في حكمه ، واجازة الوارث في معنى اسقاط حقه ، ولأنه لو برأ من مرضه نفذت تصرفاته المنجزة مع كونها كانت متوقفة على اجازة الوارث كالوصية ، ولم يقتصر الى الاستيناف فدل على اعتبار ما وقع من الموصي لا على فساد ، وبهذا ترجح كونها تنفيذاً ، ومما علّل به الاحتمال الآخر ، انتقال الحق الى الوارث بالموت ، وزوال ملك الموصي ، وأن تصرف الموصي في الزائد عن الثلث منهى عنه ، والنهي يقتضى الفساد ، لأن الزيادة حق الورثة فيلغوا تصرف الموصي فيها ، وتكون العطية من الوارث .

وأجاب عن ذلك في المسالك بالمنع من كون التلغظ بالوصية منهياً عنه ، وكون النهي في ذلك يقتضى الفساد ، ولو سلم فأنما يقتضيه لو لم يخسر الوارث ونمنع من كون الزيادة حقاً للورثة ، بل هي ملك الموصي ، غايته أن حقهم قد تعلّق بها ، ومع الاجازة تسقط كاجازة المرتهاّن تصرف الراهن ، انتهى .

أقول : لا يخفى عليك ما في هذه التعليقات العلية من الطرفين ، من عدم الصلوح لتأسيس الأحكام الشرعية في البين ، إلا أن ما علّل به الاحتمال المذكور وإن كان خلاف ما عليه الجمهور هو الأقرب الى الأخبار ، والأنسب بالاعتبار .

ومما يدل على ما ادعاه من زوال ملك الموصي عن الزائد ، وأن تصرفه منهى عنه ، قوله «إِلَّا فِي رِوَايَةِ حَمْرَانَ الْمَتَقَدِّمَةِ» لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ، فلا يجوز له ذلك ، ومما يؤيد ذلك أيضاً قوله «إِلَّا فِي مِكَاتِبَةِ أَحْمَدَ بْنَ إِسْحَاقَ الْمُتَضَمِّنَةِ لِلْإِجَازَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ» فان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم ، والمراد الاجازة لما زاد على الثلث ، فان فيه نوع اشارة الى أن ذلك عطية منهم للموصي له ، وتفضل منهم عليه ، ويحتمل أن يكون ذلك بالنسبة الى الموصي باجازة وصيته ، فيكون التفضل عليه .

وبالجملة فان الأقرب الى الاعتبار والأنسب بالأخبار ، هو ما علّل به الاحتمال المذكور ، وجميع ما أجيب به عنه وما علّل به القول المشهور لا يخلو من القصور ،

إلا أنه لائثرة مهمة في التشاغل برده وبيان مافيه ، وقد ذكروا أيضاً جملة من الفروع المترتبة على القولين ، أكثرها لا يخلو من مناقشة في المبني ، طويناها على عزها ، وأعرضنا عن ذكرها ، ونشرها ، من أرادها فليرجع الى مطولاتهم (رضوان الله عليهم) .

الرابع : قد صرحوا بأن المعتبر من الثلث وقت الوفاة ، لا وقت الوصية ، فلو كان موسراً حال الوصية ثم اقتقر وقت الموت ، أو بالعكس ، كان الاعتبار بحال الموت في كل من الصورتين ، قالوا : ولا اشكال في ذلك فيما لو كان الموصى به قدراً معيناً كعين معينة ، أو مائة درهم مثلاً أو جزءاً من التركة مع كونه حال الموت ، أقل منه حال الوصية ، وإنما الاشكال فيما لو أوصى بجزء من التركة كالربع أو الخمس أو الثلث ، وكان في وقت الوصية فقيراً ثم أيسر وقت الموت ، فصار ذلك الجزء الموصى به مالاً كثيراً ، ربما دلت القرائن على عدم ارادته ، حيث لا تكون الزيادة متوقعة غالباً .

أقول : والظاهر عندى ضعف هذا الاشكال ، وأنه بمحل من الاضمحلال ، فان مقتضى اطلاق الوصية دخول هذا الفرد ، وهذه الكثرة التي ربما يتوهم عدم انصراف الاطلاق اليها معلومة للموصى وقت الوفاة والاعتبار كما عرفت ، إنما هو بوقت الوفاة ، فعدم العدول عن الوصية السابقة على ذلك مع علمه ومعرفته بهذه الكثرة ، يقتضى العمل باطلاق الوصية ، ودخول هذا الفرد فيها ، والله العالم .

الخامس : الظاهر أنه لا خلاف في دخول الدية وأرض الجناية في الوصية لو أوصى ثم قتل قاتل أو جرحه ، فان وصيته ماضية من ثلث التركة ، وثلث الدية ، وأرض الجناية ، وتدل على ذلك جملة من الأخبار .

منها ما رواه في الكافي والفتاوى عن محمد بن قيس (١) في الصحيح عن

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٣ ح ٢١ ، التهذيب ج ٤ ص ٢٠٧ ح ٨٢٢ ، الفتاوى

ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٢ ح ١

أبى جعفر عليه السلام قال : قلت له : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع ، فقتل الرجل خطأً يعنى الموصى فقال : تجاز لهذا الوصية من ميراثه ومن دينه « وفي الفقيه وفي خبر آخر «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بثلث ماله ، ثم قتل خطأً فقال : ثلث دينه داخل في وصيته » .

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن قيس (١) «عن أبى جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لرجل بوصية مقطوعة غير مسمأة من ماله ثلثاً أو ربعاً أو أقل من ذلك أو أكثر ، ثم قتل الموصى بعد ذلك فودى فقضى في وصيته : أنها تنفذ من ماله ومن دينه كما أوصى » .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن السكوني (٢) «عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام من أوصى بثلثه ثم قتل خطأً ، فثلث دينه داخل في وصيته » . وربما أشكل الحكم المتقدم بأن المعتبر من الثلث ما كان وقت الوفاة بما ذكر هنا من دخول ثلث الدية في الوصية ، مع أن استحقاق الدية إنما يثبت بالموت ، فهي متأخرة عن الموت ، ويمكن الجواب عن ذلك بأن الحكم المذكور أولاً إنما هو من كلام الأصحاب ، ومرادهم إنما هو المنع من الاعتبار بحال الوصية ، بل العبرة بالموت ، يعنى حصول الثلث حال الموت ، والدية وإن كانت لا تستقر إلا بعد الوفاة فهي في الحقيقة متأخرة عنها ، إلا أنها مقارنة للموت ، فلا ينافي ما اعتبروه من وقت الوفاة ، لصدق الإطلاق عرفاً على هذا الوقت أنه وقت الموت ، وكيف كان فالعمل على ما دلت عليه النصوص المذكورة .

بقى الكلام في أن مورد هذه الروايات الدية في قتل الخطأ ، فانه هو موجب للدية خاصة ، مع تصريح الأخبار به ، فدية الخطأ هي التي تدخل في

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٣ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢١ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٨٩ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٣ ح ٣ و ص ٣٧٢ ح ٢ .

الوصية ، ويؤخذ منها الثلث ، وأما الدية المأخوذة في العمد فهل تدخل في ذلك أم لا ؟ اشكال ، سواء قلنا بأن العمد موجب لأحد الأمرين ، القصاص أو الدية ، أو أن الدية إنما تثبت صلحاً ، والصلح لا يتقيد بالدية ، بل يصلح بزيادة منها ونقصان ، فيكون القول بذلك أبعد ، وظاهر الأصحاب القول بدخولها ، قال في القواعد : ولو قتل خطأً أو استحق أرساً خرجت الوصية من ثلث تركته وثلث ديته وأرشه ، وكذا العمد إذا تراضوا بالدية .

وقال في المسالك - بعد قول المصنف « ان وصيته ماضية من ثلث تركته وديته وأرشه جراحته » ما صورته : ويظهر من قوله « ^{إلا} وديته » أن الحكم مخصوص بقتل الخطأ ، لأنه هو الموجب للدية على الإطلاق ، وأما العمد فإن قيل : انه يوجب أحد الأمرين القصاص أو الدية دخل في العبارة ، لأن الدية أحد الأمرين المترتبين على الوفاة المستندة الى القتل ، فكانت الدية مقارنة للوفاة كالخطأ وان كان لها بدل ، وأما على قول المشهور ، من أن موجب العمد هو القصاص ، وإنما تثبت الدية صلحاً ، والصلح لا يتقيد بالدية ، بل يصلح بزيادة عنها ونقصان ففي دخوله في العبارة تكلف ، وقد يندفع بأنه حينئذ عوض القصاص الذي هو موروث عن المجنى عليه ، وعوض الموروث موروث ، وربما أشكل من وجه آخر وهو أن الموروث إنما هو القصاص وليس بمال ، فلا يتعلق به الحق المالي المترتب على مال الميت ، ويندفع بأنه بقبوله المعاوضة بالصلح على مال في قوة الحق المالي وزيادة ، انتهى .

أقول : الواجب هو تحقيق الحكم الشرعي في ذلك ، وأنه هل تدخل دية العمد في هذا الحكم أم لا ؟ سواء دخلت في عبارة المصنف أم لا ، وتطويل هذا الكلام في تكلف دخولها تحت عبارة المصنف لا يجدي نفعاً ، إلا مع قيام دليل على هذه القاعدة التي بنوا عليها ، وهو أن المعتبر من الثلث ما كان مالا للميت حال الوفاة ، دون ما تقدم عليها وما تأخر عنها ، مع أنهم لم يستندوا فيه الى دليل ،

والروايات الواردة في المسئلة كما عرفت موردها انما هو دية الخطأ لتصريحها بذلك ، ودية العمد سيما على القول المشهور من أنه لا ينتقل الى الدية إلا بطريق الصلح الذي هو عبارة عن التراضي بمال زاد ، عن الدية أو نقص عنها مما هو خارج عن مقتضى قاعدتهم المذكورة ، إذ الظاهر أن هذا الصلح وما يترتب عليه متأخر عن وقت الوفاة ألبتة ، فلا يصدق عليه أنه مال الميت ، وقت الوفاة ، وقد صرح في الدروس بعدم اعتبار ما يتجدد بعد الوفاة ، وهذا الصلح وما يترتب عليه انما تجدد بعد الوفاة ، وادخالها بهذه التكاليف التي ارتكبتها وذكرها (قدس سره) ظاهر الضعف ، بل البطلان ، سيما مع ما عرفت من أن اثبات الأحكام الشرعية بهذه التخريجات الوهمية مما لا ينبغي النظر اليه ، ولا العروج عليه ، هذا بناء على قاعدتهم ، وأما بالنظر الى الأخبار فقد عرفت اختصاص موردها بدية الخطأ ، ونحوها الأرض ، إلا أنه قد ورد في جملة من الأخبار ما يدل على أنه يجب وفاء الدين من الدية ، وإن أخذت صلحاً ، كما في رواية عبد الحميد بن سعيد (١) قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا وأخذ أهله الدية من ماله ، أعلیهم أن يقضوا الدين ؟ قال : نعم ، قلت : وهو لم يترك شيئاً ، قال : انما اذا أخذوا الدية ، فعليهم أن يقضوا الدين .

ورواية يحيى الازرق (٢) «عن أبي الحسن عليه السلام في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا ف يأخذ أهله الدية من قاتله ، عليهم أن يقضوا دينه ؟ قال : نعم ، قلت : وهو لم يترك شيئاً ؟ قال : انما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه» .

وفي رواية أبي بصير (٣) «عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قلت : فان

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٢ ح ٤١٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١١١ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٧ ح ٥٨٤ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ٨٣ ح ٢٦٤ عن علي بن ابي حمزة .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ١١١ ح ١ و ص ١١٢ ح ٢ .

ج ٢٢ في دلالة الروايات على كون الدية من جملة أموال الميت ٤٣١

هو قتل عمداً وصالح أولياؤه قاتله على الدية ، فعلى من الدين ؟ على أوليائه من الدية أو على امام المسلمين ؟ فقال : بل يؤدوا دينه من ديته التي صالحوا عليها أولياؤه ، فانه أحق بديته من غيره .

والأولان دالتهما على المدعى من حيث الاطلاق ، والثالث صريح في ذلك ، وجوب قضاء الدين منها انما هو من حيث كونها من جملة أمواله وان تأخر استحقاقها عن موته ، فكما يقضى منها ديونه ، تنفذ منها وصاياه ، ومن هنا صرح الأصحاب بأن الدية في حكم مال الميت ، سواء وجبت اصاله أو صلحاً .

قال في المسالك : اذا قتل الشخص عمداً وعليه دين ، فان أخذ الورثة الدية صرفت في ديون المقتول وصاياه كغيرها من أمواله ، لما تقدم غير مرة من أن الدية في حكم مال الميت ، سواء وجبت اصاله أو صلحاً الى آخر كلامه (زيد في اكرامه) ذكر ذلك في كتاب الديات ، وحينئذ يزول الاشكال بالنسبة الى دخول دية العمد في الحكم المذكور .

وانما يبقى الاشكال فيما اعتبروه من اعتبار الثلث بوقت الوفاة ، مع أنه في صورة الصلح على القصاص بأخذ المال انما يكون متأخراً عن الوقت المذكور ، إلا أن ما ذكره من الحكم المذكور انما هو من مجرد اصطلاحهم واتفاقهم ، وكيف كان فالعمل على ما دلّت عليه الأخبار ، وافق كلامهم أم لا ، والله العالم .

المسئلة الثالثة : قد صرح الأصحاب (رضي الله عنهم) بأنه لو أوصى بالمضاربة بتركته أجمع أو بعضها على أن نصف الربح للوارث ، ونصفاً للعامل صح ، وظاهر هذا الكلام إنما صحة الوصية بالمضاربة على الوجه المذكور ، أهم من أن يكون الورثة كلهم من البالغين المكلفين ، أو الأطفال أو المجانين ، أو من القسمين معاً .

والذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بذلك ما رواه في الكافي عن محمد

بن مسلم (١) في الموثق « عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم ، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون بينه وبينهم ، فقال : لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي » .

ورواه الشيخان الآخران أيضاً عن خالد بن بكير الطويل (٢) « قال : دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال يا بني : اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح واعطهم النصف ، وليس عليك ضمان ، فقدمتني أم ولد أبي الى ابن أبي ليلى ، أن هذا يأكل أموال ولدي قال : فاقصصت عليه ما أمرني به أبي فقال : ابن أبي ليلى ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثم أشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حر كته فاناله ضامن ، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ، ثم قلت له : ما ترى ؟ فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده ، وأما فيما بينك وبين الله عز وجل ، فليس عليك ضمان » .

رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن الى خالد بن بكير المذكور وهو مجهول ، وصريح الرواية الثانية ، وظاهر الرواية الأولى كون المال المذكور للأطفال ، لأن ظاهر قوله في الأولى « أوصى الى رجل بولده وبمالهم ، أي جملة قيماً عليهم وولياً يقوم بتدبيرهم ، وهو ظاهر في كونهم صغاراً كما لا يخفى ، ولأن الوصية بالبالغ غير صحيحة ، وإطلاق الوصية يحتمل على الصحيحة ، وبذلك يظهر أن ما أطلقه الأصحاب لا يخلو من الاشكال ، الا أن يقال : ان يكون من قبيل العقد الفضولي ، فان شاء الوارث البالغ أجازه ، وكان عليه الوفاء بمقتضاه من دفع الحصة الى العامل ، ومع ذلك فهو عقد جائز له فسخه متى شاء ، لما تقدم من أن المضاربة من العقود الجائزة ، دون اللازمة ، وأما ان كان لمولى عليه ، فانه

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٢ ح ١٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٩٠ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩١٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٩١ ، الكافي

ج ٧ ص ٦١ ح ١٦ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٨ ح ١ و ٢ .

لا اشكال في صحة المضاربة ، كما ينادى به قوله في موثقة محمد بن مسلم « لا بأس به ، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي » ، ومرجه الى أن الأب ولي جبري فتمضى تصرفاته اذا لم تخرج عن الوجه الشرعي ، ويستمر الحكم بالصحة الى بلوغ المولى عليه ، فاذا كمل كان له فسخ المضاربة ، لأنها عقد مبني على الجواز وتحديد الموصى لها بمدة لا ترفع حكمها الثابت لها بأصل الشرع وانما تظهر الفائدة في التحديد بمدة ، هو المنع من التصرف بعد تمام المدة ، لا التزام بها في تلك المدة مع كونها جائزة شرعاً ، ولا يكون الفسخ بعد البلوغ تبديلاً للوصية وتغييراً لها ، وهو منهي عنه ، لأن التبديل انما هو في العمل بخلاف مقتضاها ، وهنا ليس كذلك ، لأنه لما أوصى بعقد جائز فقد عرض العامل للفسخ في كل وقت ممكن ، عملاً بمقتضاه ، فالفسخ لا يكون تبديلاً للوصية .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ما ذكرناه من الوصية بالمال كلاً أو بعضاً هو المشهور . وقال ابن ادریس في كتابه : وقد روي أنه اذا أمر الموصى الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر لهم بها ، يأخذ نصف الربح ، كان ذلك جائزاً وحلالاً له نصف الربح ، أورد ذلك شيخنا في نهايته ، إلا أن الوصية لا تنفذ إلا في ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته ، والربح تجدد بعد موته ، فكيف تنفذ وصيته ، وقوله فيه وفي الرواية نظر ، انتهى .

وظاهره تخصيص الوصية بالتصرف بالثلث فمادونه ، دون ما زاد على ذلك وأنت خبير بأنه على ما قلناه من اختصاص الروايتين بما اذا كان المال لمولى عليه كالأولاد الصغار ، فانه ليس في العمل بالخبرين كثير مخالفة لمقتضى الاصول الذي طعن به ابن ادریس ومن تبعه ، فان ولاية الأب على أطفاله والوصية بهم وبما ينبغى في أموالهم مما لهم فيه المصلحة غير منكور ولا ممنوع شرعاً ، وغاية ما ربما يقال : حصول التعريض في مالهم للتلف وهو غير قاذح ، لأن الواجب على العامل مراعاة الحفظ ، وما فيه مصلحة العمل بالمال حسب الامكان .

ويؤيده ماورد من جواز الاتجار به لليتيم من الولي رواية أبي الربيع (١)
 « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال لأخ له يتيم وهو وصيه
 أ يصلح له أن يعمل به ؟ قال : نعم كما يعمل بمال غيره ، والربح بينهما ، قال :
 قلت : فهل عليه ضمان ؟ قال : لا اذا كان ناظراً له . »

وبالجملة فان المدار في العمل على الأخبار ، ولا يلتفت الى هذه الاستبعادات
 في مقابلتها ، ومع تسليم ما يدعونه من خروجها عن القواعد والاصول المقررة في باب
 الوصية ، فانه يجب تخصيص تلك القواعد بها ، كما تقدم نظيره في غير مقام ، على
 أنه لا يخفى أن مورد الأخبار الدالة على أنه ليس للموصى أن يوصي بأزيد من الثلث
 وأنه يستحب أن يوصى بالأقل منه ، انما هو فيما اذا أوصى لنفسه أو غيره بشيء من
 التركة ، واختص به عن الورثة بحيث أنه قد فات على الورثة ونقص من التركة ،
 كما علل به من أنه ليس له من ماله بعد الموت ، إلا الثلث .

وما نحن فيه هنا ليس من هذا القليل ، فانه لم يختص بشيء من التركة ،
 ولم يأخذ منها شيئاً ، وانما هذه الوصية بمصلحة ترجع الى الورثة ليس له منها
 قليل ولا كثير ، وهذا المال الذي أوصى به سواء كان بجميع التركة أو بعضها انما
 هو مال الورثة ، لم يخرج عن ملكهم بالوصية كما في غيره من الوصايا التي قاسوا
 عليها وقيدوها بالثلث ، بل هو باق على ملكهم ، وانما تعلقت الوصية بالتصرف
 فيه لأجل تحصيل مصلحة لهم ، وهو الانتفاع بالربح .

وقد عرفت أنه متى كانوا أطفالاً ، فهو الولي عليهم ، والناظر في مصالحهم
 حياً وميتاً ، وله بعد الموت الوصية بذلك ، وان كانوا بالغين فهذه الوصية لا تمضي
 عليهم ، فان شأوا رضوا وان شأوا أبوا وامتنعوا ، وأي منافاة في ذلك للقواعد
 المقررة عندهم .

٢٢٤ في خروج الواجب المالي من أصل التركة وان لم يوص ٤٣٥

المسئلة الرابعة الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أن الواجب المالي أعم من أن يكون مشوباً بالبدن كالحيج أم لا ؟ كالزكاة والكفارات والخمس ونذر المال ، يجب خروجه من الأصل ، أوصى به أولم يوص ، لتعلقه بالمال حال الحياة .

أما الواجب البدني المحض كالصلاة والصوم فإنه انما يخرج من الثلث اذا أوصى به ، فيكون حكمه عندهم حكم التبرعات الموقوف اخراجها على الوصية بها من الثلث ، وقيل بخروجه من الأصل كالواجب المالي من غير فرق ، والأخبار بوجوب اخراج الواجب المالي وان كان مشوباً بالبدن من الأصل متكاثرة ، قد تقدمت في كتاب الحج وكتاب الزكاة والخمس وكتاب الديون .

أما الواجب البدني فلم أقف فيه على نص بنفي ولا اثبات ، لكن الظاهر أن مبنى كلام الأصحاب في الفرق بين الأمرين ، هو أن الواجب المالي - وان كان مشوباً بالبدن في بعض الأفراد - ، لما كان متعلقاً بالمال حال الحياة وجب اخراجه بعد الموت من المال ، وتخرج الأخبار المشار اليها شاهداً على ذلك .

وأما الواجب البدني فإنه لما كان متعلقاً في حال الحياة إنما هو بالبدن ، وبعد الموت مع عدم الوصية به يتعلق الخطاب به بالولي ، فمع عدم الولي وعدم الوصية لا دليل على وجوب الاخراج ، كما ادعاه ذلك القائل المتقدم ، ولنا في هذا المقام تحقيقات حسنة ، قد تقدمت في كتاب الصلاة في المطلب الثاني في القضاء عن الأموات في الباب الرابع في اللواحق من الكتاب المذكور (١) وكذا في كتاب الحج في المسئلة الثانية من المقصد الثاني في حج النذر (٢) وقد تضمنت دفع شبهات الأقوال المخالفة لما عليه الأصحاب مع تحقيق حسن في الباب .

واختلف الأصحاب في وجوب الوصية بالواجب البدني لولم يكن وصي

(١) ج ١١ ص ٥٧ .

(٢) ج ١٤ ص ١٩٦ .

يقضيه عنه ، قال في المسالك : والأقوى وجوب الوصية به على المريض ، كغيره من الواجبات ان لم يكن له ولي يقضيه عنه ، وربما قيل : بعدم وجوب الوصية به لأن الواجب فعله بنفسه أو بوليّه لا انتفاء الدليل على ما سوى ذلك ، وفيه أن علمه بوجوبه واستحقاق العقاب على ترك الواجب اختياراً مع قدرته على براءة الذمة منه يوجب وجوب الوصية ، ليخرج من العقاب بتركه ، فان دفع الضرر عن النفس واجب .

نعم لو كان فوات الواجب لا بتفريط كالغفلة عن الصلاة مع عدم القدرة على القضاء حال الوصية ، احتمل عدم وجوب الوصية ، اذ لعقاب على ذلك التفويت ، ولا دليل على وجوب الوصية بالقضاء انتهى ، وفي الكفاية قال : الأقرب عدم .

أقول : الظاهر قوة ما اختاره في المسالك ، لظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على أن الوصية حق على كل مسلم ، فان ظاهر لفظ «على» الوجوب ، كما ذكرناه في الفائدة الأولى من الفوائد التي ذيلنا بها تلك الأخبار ، ويزيد ذلك تأييداً ما ذكره شيخنا المشار اليه من التعليل ، فانه جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبیه ، وما قرّبه في الكفاية من العدم ضعيف .

إذا عرفت ذلك فاعلم اذا اجتمعت في الوصية حقوق واجبة مالية وبدنية ، وتبرعات ، فان الواجب المالي كما عرفت يخرج من الأصل ، وما عداه يخرج من الثلث مقدماً للواجب البدني على المتبرع به ، مرتباً في الواجب البدني لوتعدد الأول فالأول ، تم المتبرع به كذلك ان قام به الثلث ، أو أجاز الوارث ، والاسقط ، ومع اجازة الوارث الجميع ، فالحكم كما ذكر ، ومع اجازته البعض يكون مخرجه عن الأصل ، فيبدأ به كالواجب المالي ، لكن لو ضاق المال عنها أعنى عن الواجب وعن المجاز ، قدم الواجب ، لاشتغال الذمة به ، ولو لم يكن فيها واجب بل الجميع من الوصايا المتبرع بها قدم الأول فالأول حتى يتم الثلث ، سواء رتب بينهما بلفظ «ثم» أو «الفاء» ، أو اقتصر على مجرد الترتيب الذكري ، وان عطف

بالوادر فانه في حكم ذلك ، والوجه فيه أن الوصية الصادرة أولاً نافذة ، لوقوعها من أهلها ، وهكذا ما بعدها الى أن يستوفي الثلث ، فتبطل في الزائد .
أما لو جمع بأن ذكر أشياء متعددة ، ثم أوصى بالمجموع من غير أن يرتب في الوصية ، أو قال : أعطوا فلاناً وفلاناً وفلاناً مائة ، أو قال : بعد الترتيب لا تقدموا أحداً على أحد ، ثم نقص الثلث في هذه الصورة ، فانه يوزع النقص على الجميع بالنسبة ، كما في مسألة العول .

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام رواية حمران (١) المتقدمة في المسئلة الأولى «عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى عند موته ، وقال : اعتق فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المالك الخمسة التي أمر بعقدهم ، قال : ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعقدهم فيقومون ، وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول من سمي ، ثم الثاني ثم الثالث ، ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمي أخيراً ، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ، فلا يجوز له ذلك» ومورد الرواية وان كان انما هو الوصية بالعقق دون الوصية بغيره ، إلا أن ظاهر الأصحاب حيث استدلوا بها هنا عدم الفرق بين الأمرين .

قال في المسالك : واعلم أنه لا فرق في هذا الحكم بين العتق وغيره من التبرعات ، خلافاً للشيخ وابن الجنيدي حيث قدما العتق وان تأخر ، ولا بين أن يقع الترتيب متصلاً في وقت واحد عرقي ، أو في زمانين متباعدين كغدوة وعشية ، خلافاً لابن حمزة حيث فرق بينهما ، فحكم في الأول كما ذكره الجماعة ، وجعل الثاني رجوعاً عن الأول ، إلا أن يسعهما الثلث ، فينفذان معاً وهوشاذ ضعيف المأخذ ، انتهى .

أقول : يمكن أن يستدل لما ذكره الشيخ وابن الجنيدي بتقديم العتق على

(١) الكافي ج ٧ ص ١٩ ح ١٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٧٨ ، الوسائل

غيره من التبرعات ، وان وقع متأخراً بمارواه المشايخ الثلاثة (قدس الله ارواحهم) عن محمد بن مسلم (١) في الموثق «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه ، وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ، قال : يمضى عتق الغلام ، ويكون النقصان فيما بقي ، وأجيب عن ذلك بأنه محمول على تقديم العتق كما هو ظاهر الترتيب المذكور في الخبر ، فالتحقيق عندي في الجواب أن العتق هنا من المنجزات ، لأنه وقع حال الحياة ، والمنجزات مقدمة على الوصايا .

نعم الخلاف فيها مشهور بأن مخرجها من الأصل أو الثلث ، وظاهر هذا الخبر لا يخلو من اشتباه في ذلك ايضاً ، والتحقيق هنا أن الأخبار في هذه المسئلة أعنى مسئلة المنجزات بالنسبة الى العتق وأن مخرجه من الأصل أو الثلث لا يخلو من اشتباه وتعارض ، كما أشار اليه أيضاً المحدث الكاشاني في الوافي ، وأما غير العتق من المنجزات فالحكم فيه كما أختارناه من الخروج من الأصل من غير اشكال .

المسئلة الخامسة : لو أوصى لزيد بثلث من التركة ، ولعمرو بربع منها ، وثلثاً بخمس منها صحت الوصية في الأول خاصة ، لاستيعابها الثلث ، النافذ بدون الاجازة ، ورعاية لما تقدم من الأول مع تجاوز الثلث ، وبطلت فيما عداه ، وقيل : ان الوصية المتأخرة تقتضى الرجوع عما قبلها ، قال : الشيخ في الخلاف اذا أوصى لانسان بثلث ماله ، ثم أوصى بثلث ماله لغيره ولم تجز الورثة ، فان الوصية الثانية رافعة للأولى وناسخة لها ، واستدل باجماع الفرقة والأخبار .

وقال ابن إدريس : اذا أوصى بثلث ماله لشخص ، ثم أوصى بثلث ماله لغير ذلك الشخص ، كان الثلث للأخير ، وتكون الوصية الثانية ناسخة للأولى ، لأن الانسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله ، فاذا أوصى به لانسان ، ثم أوصى به بعد ذلك لآخر ، فقد نقل الثلث الذي يستحقه من الأموال الى الثاني ، لأنه يعلم أنه لا يستحق سوى الثلث ، فاذا أوصى به ثم وصى به ، فقد رجع عن الاول ،

(١) الكافي ج ٧ ص ١٧ ح ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٨٠ ، الوسائل

فهذا يعنى قول أصحابنا : أنه اذا أوصى بوصية ، ثم أوصى بأخرى فان أمكن العمل بهما جميعاً وجب العمل بهما ، وان لم يمكن كان العمل على الأخير .

فأما اذا أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث ، فان مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأول فالأول ويكون النقصان ان لم يف الثلث داخلا على الأخير ، لأنه لما أوصى للأول ما قال أوصيت له بثلاثي ، وكذا الثاني والثالث ، فظن أن ثلثه يبلغ مقداره جميع ما ذكره ، ويفى بما ذكر ، لأنه يعلم أنه ليس بعد موته سوى الثلث فاذا استوفاه دخل النقص على الأخير ، فهذا فرق بين المسئلتين ، فلا يظن ظان اتحادهما ، ولا أن مذهب أصحابنا أن الثانية ناسخة للأولى في جميع المواضع ، ولا أن الواجب البدأ بالأول فالأول في الجميع ، انتهى .

أقول : ما ذكره من الفردين المذكورين الذي يكون الحكم في أحدهما الرجوع بالوصية الثانية عن الأولى ، وحكم الآخر صحة الأول فالأول لاشك فيه كما هو المفهوم من كلام غيره ، وانما الكلام فيما فرضه أولاً من قوله اذا أوصى بثلاث ماله لشخص ، ثم أوصى بثلاث ماله لآخر ، فان ذلك رجوع عن الوصية الأولى حسب ما ذكره الشيخ في الخلاف ، فانه خلاف ما صرحوا به ، وما هو الظاهر من كلام المتأخرين ، فان ظاهر كلامهم أن هذا لا يقتضى الرجوع ، بل يكون من قبيل ما يحكم فيه بصحة الوصية أولاً فأولاً ، وانما الذي يقتضى الرجوع اضافة الثلث الى نفسه مثلاً ، كأن يقول ثلثي أو الثلث الذي أستحقه ، وأما مجرد ذكر ثلث المال من غير أن يضيفه الى نفسه ، فلا .

قال المحقق في الشرايع : لو أوصى لشخص بثلاث ، ولآخر بربع ، ولآخر بسدس ولم يجز الورثة أعطى الأول وبطلت الوصية لمن عداه ، قال الشارح : انما صحت الوصية للأول خاصة لاستيعابها الثلث النافذ بدون الاجازة ، مع رعاية ما تقدم من وجوب تقديم الأول فالأول مع تجاوز الثلث ، ولا يتوهم هنا أن الوصية المتأخرة تقتضى الرجوع عما قبلها ، لأن الرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال ، بل

لا بد له من لفظ يدل عليه ، ومجرد الوصية بما زاد على الثلث ثانياً وثالثاً أعم من الرجوع عن الأولي وعدمه ، فلا يدل عليه .

أقول : قوله « ولايتوهم هنا . . . الى آخره » خرج مخرج الرد على ما ذكره ابن ادريس ، والشيخ في الخلاف فيما قدمنا نقله عنهما ، ثم انه قال المحقق أيضاً : ولو أوصى بثلثه لواحد ، وبثلثه لآخر ، كان ذلك رجوعاً عن الأول الى الثاني ، قال الشارح : الفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها الموجب لاختلاف الحكم أن الثلث المضاف الى الموصى هو القدر النافذ ، والنافذ فيه وصيته شرعاً ، فاذا أوصى به ثانياً فقد رجع عن الوصية الأولى ، لان ليس له ثلثان مضافان اليه على هذا الوجه ، فيكون بمنزلة ماله أوصى بعين لواحد ثم أوصى به لآخر ، بخلاف قوله لفلان ثلث من غير اضافة الى نفسه ، فانه متعلق بجملة المال من غير أن ينسب الى ثلث النافذ فيه الوصية ، فاذا أوصى بعده بربع لا يتبادر الى الفهم منه أنه نقض ذلك الثلث السابق ، بل الربع الذي هو خارج عن الثلث المتعلق بأصل المال ، وكذلك السدس ، فيكون وصايا متعددة لاتضاد بينها ، فيبدأ بالأول منها فالأول حتى يستوفي الثلث عند عدم الاجازة ، انتهى .

وهو كما ترى صريح فيما قلناه ، واضح فيما ادعيناه ، وبالجمله فان مقتضى أنه ان كان الموصى به أشياء بعينه ، متغايرة أو مطلقة ومعينة ، فانه يبدأ فيها بالأول فالأول ، ولا يكون الثاني رجوعاً عن الأول ، سواء زاد الأول عن الثلث أو نقص عنه ، وتكون الفائدة أنه لو أجاز الوارث الجميع نفذت الوصايا كلها ، ومنه ماله أوصى بثلث المال لشخص ، ثم أوصى بالثلث أو الربع لآخر ، بتقريب ما تقدم نقله عن المسالك من قوله ، بخلاف قوله لفلان ثلث ، من غير اضافة الى نفسه الى آخره . وان اتحد العين كان الثاني رجوعاً عن الأول ، لأمتناع اتحاد الملكين في عين واحدة ، ومن هذا ما أضاف الثلث الى نفسه ، فيكون الثانية ناسخة للأولى قطعاً ، بتقريب ما تقدم نقله عن المسالك من قوله أن الثلث المضاف الى

ج ٢٢ في نقل كلمات الفقهاء في الوصية المتعددة الزائدة على الثلث ٤٤١

الموصي هو القدر النافذ فيه وصيته شرعاً الى قوله فيكون بمنزلة مال الوصي بعين لواحد ، ثم أوصى به لآخر ، وما ذكره ابن ادريس في تعليل ما ادعاه من نسخ الأولى - من أن الانسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا الثلث - لا ينافي تجويز الوصية بأزيد من الثلث ، لامكان الاجازة ونفوذها بذلك والاجازة على الأقوى عندهم ليست عطية ابتدائية وانما هي تنفيذ الوصية ، فيجوز أن يوصي معتمداً على اجازة الورثة فيكون الوصية صحيحة ، ولا يزول هذا الحكم عنها إلا بلفظ يدل على الرجوع عما سبق وحكم بصحته ، وهو في هذا المثال ونحوه منتف ، فيحكم بصحة الجميع ، ويعمل في الزائد عن الثلث بمقتضى القاعدة المقررة من البدأ بالأول فالأول ، وهذا بخلاف قوله ثلثي باضافته الى نفسه ونحوه ، فان الرجوع هنا معلوم بالقرينة القوية ، لما تقدم في كلامه بقوله لأن الانسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله ، واذا أوصى به لانسان إلى آخره .

وكيف كان فالمسئلة لخلوها عن النص لا يخلو بعض شقوقها من الاشكال ، سيما في هذا الفرع ، ولهذا قد اختلف كلامهم واضطربت أفهامهم في هذه المسئلة .

قال في المسالك بعد البحث في المسئلة بنحو ما ذكرناه ، واختيار ما حرمناه من الفرق بين المسئلتين المتقدمتين في كلام المحقق ماصورته : واعلم أن كلام الأصحاب قد اختلف فيها اختلافاً كثيراً ، وكذلك الفتوى ، حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعددة ، بل في الكتاب الواحد ، والعلامة في القواعد وافق المصنف على ما ذكره - في المسئلتين ، لكنه استشكل بعد ذلك في المسئلة الثانية ، وفي التحرير نسب الحكم في الثانية كذلك الى علمائنا ، وجعل فيه نظراً ، ووجه الاشكال والنظر مما ذكرناه ، ومن أن كل واحدة منها وصية يجب تنفيذها بحسب الامكان ، ولا يجوز تبديلها مع عدم الزيادة ، ومجرد اضافة الثلث اليه ، لا يقتضى الرجوع ، لان جميع ماله مادام حياً له ، فتصح اضافته اليه ، وانما يخرج عن ملكه بالموت ، ونحن نقول بموجبه ، إلا أننا ندعي وجود القرينة في هذه الاضافة

على الرجوع ، ومن ثم لما أبدلها بالاضافة الى ماله فضلاً عن جعل الثلث مطلقاً
شككنا في ارادة الرجوع ، فلم نحكم به ، وقد منّا الأول .

والمختلف اعتمد على اعتبار القرينة وعدمها ، كما حققناه ، وجزم بعدم
وجودها في ثلث مالي ، ولم يتعرض للثلث المضاف الى الموصي ، بل اعتمد على
القرينة ، ومع الشك فيها على عدم الحكم بالرجوع ، وهذا هو الحق في المسئلة
والمحقق الشيخ علي (رحمة الله عليه) في شرحه اعتمد في المسئلة على أصل
آخر غير ما ذكرناه ، ورتب عليه الحكم ، وهو أن الأصل في الوصية أن تكون
نافذة ، فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الامكان ، وانما تكون الثانية
نافذة ، فاذا كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به ، فيجب حملها
عليه ، كما يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه ، حملاً للبيع
على معناه الحقيقي ، وحينئذ فيتحقق التضاد في مثل ما لوقال : أوصيت بثلث لزيد ،
وبثلث لعمر ، فيكون الثاني ناسخاً للأول ، فيقدم ، وأولى منه ما لوقال بثلث
مالي ، ثم فرع عليه أنه لو أوصى لزيد بثلث ، ولعمر بربع ، ولخالد بسدس ،
واتتفت القرائن أن تكون الوصية الأخيرة رافعة للأولى ، مع اعترافه بأنه مخالف
لما صرح به جميع الأصحاب ، والحامل له على ذلك ما فهمه من أن اطلاق الوصية
محمول على النافذة ، وأنت قد عرفت مما حققناه سابقاً أن الأطلاق في الوصية
وغيرها من العقود انما يحمل على الصحيح ، أما النافذ بحيث لا يترتب عليه فسخ
بوجه ، فلا اعتبار به قطعاً ، ألا ترى أن الوصية بجميع المال توصف بالصحة ،
ووقوف ما زاد على الثلث على الاجازة ، ولا يقول أحد أنها ليست بصحيحة ، ولذلك
لوباع بخيار حكم بصحة البيع ، وان لم يكن نافذاً ، بمعنى أنه لا يستحق أحد
فسخه ، وما مثل به من بيع الشريك النصف ، فانه محمول على استحقاقه ، لا يؤثر
هنا للفرق بينه وبين المتنازع فيه ، لأن جميع التركة مستحقة للموصي حال حياته
اجماعاً ، فقد أوصى بما يستحقه ، ومن ثم حكموا بصحة وصيته بما زاد على الثلث ،

وصحة هبته له ، وان توقف على اجازة الورثة ، لأن ذلك لهم كالأختيار للبائع بالنسبة الى ملك المشتري ، بل اضعف ، للخلاف في أن الملك هل ينتقل اليه في زمن الخيار أم لا ؟ والاتفاق على أن التركة مملوكة للموصي مادام حياً ، ومن ثم لزمته الهبة لو برء من مرضه ، وكانت الاجازة تنفيذ الوصية ، لاعطية متجددة ، على مختار أصحابنا ، وقد ادعى الشيخ في المبسوط عليه الاجماع ، وانما الخلاف في التنفيذ ، والعطية للعامة ، وأصحابنا يجعلون العطية احتمالاً مرجوحاً ، لا قولاً .

واذا تقرر أن الاطلاق محمول على الوصية الصحيحة - فكل وصية من المذكورات صحيحة ، سواء كانت نافذة أم لا - لم تدل الوصية المتأخرة عن الوصية بالثلث على أنها ناسخة للسابقة ، ورجوع عنها ، بل على ارادة الموصي اعطاء كل واحد ما أوصى له به ، وان توقف ذلك على اجازة الورثة ، فان ذلك أمر آخر غير الوصية المعتبرة شرعاً ، وقد ظهر بذلك أنه لاتضاد بين قوله أوصيت لزيد بثلث ، ولعمرو بربع ، بطريق أولى ، وانما يقع التضاد صريحاً اذا قال بعد الوصية لزيد بثلث ، أوصيت لعمرو بالثلث الذي أوصيت به لزيد ، أو بثلثي أو بالثلث الذي جعله الله تعالى غير متوقف على اجازة ، ونحو ذلك ، وفي مثل قوله بثلثي لزيد ، ثم بثلثي لعمرو بالقرينة ، لا بالتصريح كما حققنا ، ثم نقل عن الشيخ (رحمة الله) عليه أنه اتفق له في هذه المسئلة غرائب ، وشرح ذلك بما لا مزيد فائدة في ذكره ، وانما نقلنا كلامه (قدس سره) بطوله لجودة محصوله في تحقيق المسئلة ، زيادة على ما قدمناه ، والاطلاع على ما وقع لهم من الاختلاف في المسئلة ، زيادة على ما ذكرناه ، إلا أن الخلاف الذي ذكرناه أولاً بالنسبة إلى المسئلة الأولى من المسائلين المفروضتين في كلام المحقق ، والذي ذكره (قدس سره) بالنسبة الى الثانية منهما ، والله العالم .

تذنيبان :

الاول - لو اشتبه السابق في صورة الوصية بالثلث لاثنين ، أحدهما بعد الآخر فانه يستخرج بالقرعة ، كما حكم به الأصحاب ، لأنها لكل أمر مشتبه ، فان قلنا بأن الوصية للأول ، وأنه يلاحظ في الصحة الأول فلاول ، فانه يحكم بها للسابق وان قلنا بأن ذلك عدول وفسخ ، فانه يحكم بها للثاني ، وحينئذ فلا فرق في كتابة الرقاع بين أن يجعل باسم السابق أو المتأخر ، وصفتها أن تكتب في رقعة اسم أحدهما وأنه السابق ، وتكتب في رقعة اسم الآخر وأنه السابق ، ويجمعان في موضع ويخفيان ، ثم يخرج احدهما فمن خرج اسمه كان هو السابق ، وترتب عليه الحكم من استحقاق أو حرمان ، ولك أن تكتب عوض السابق المتأخر في كل من الرقعتين ، والمرجع الى أمر واحد .

الثاني : لو أوصى بشيء واحد لاثنين كان يقول أعطوا زيداً وعمراً مائة درهم ، أو الدار الفلانية ، وكان ذلك أزيد من الثلث ، فان الشقص يدخل عليهما بالنسبة ، ولو جعل لكل واحد منهما شيئاً بأن يقول : أعطوا زيداً خمسين درهماً ، وأعطوا عمراً خمسين درهماً ، أو أعطوا زيداً نصف الدار ، وعمراً نصفها ، وأنفق الزيادة على الثلث ، فانه يبدأ بالعطية الأولى ، ويدخل النقص على الثانية .

المسئلة السادسة : قال الشيخ في النهاية : اذا أوصى بعق جميع ممتلكه ، وله ممتلك بخصوصه ، وممتلك بينه وبين غيره ، أعتق من كان في ملكه ، وقوم من كان في الشراكة ، وأعطى حقه ان كان ثلثه يحتمل ، فان لم يحتمل أعتق منه بقدر ما يحتمله ، وبه قال ابن البراج والعلامة في المختلف .

ويدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) بأسانيدهم وفيها الصحيح عن أحمد بن زياد (١) وهو واقفي «عن أبي الحسن عليه السلام» قال :

(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٢ ح ٨٧٢ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٤٦٣ ح ٢ .

سألته عن الرجل تحضره الوفاة وله ممالك خاصة نفسه ، وله ممالك في شركة رجل آخر ، فيوصي في وصيته بمالكي أحرار ، ما حال ممالكه الذين في الشركة فقال : يقومون عليه ان كان ماله يحتمل ثم هم احرار .

وقال ابن ادريس : الذي يقوى عندي أنه لا يقوم من في الشركة ، بل يعق منهم بقدر ما يملكه ، ولا يعطى شريكه ثمن حصته ، وان احتمل ثلثه ذلك ، لأنه بعد موته لا يملك الثلث ، اذا لم يوص به ، لأن الموت يزول به ملكه إلا ما استثنى من ثلثه ، وهذا ما استثنى شيئاً ، والى هذا القول مال المتأخرين وهو قول الشيخ في المبسوط أيضاً ، حيث قال : اذا أوصى بعق شقص له من عبد ، ثم مات أعق عنه ذلك الشقص ، ولم يقوم عليه نصيب شريكه ، وان كان غنياً ، لأن ملكه زال عن ماله بالموت إلا القدر الذي استثناء .

والعلامة في المختلف حيث اختار مذهب الشيخ في النهاية استدلل عليه بأن الموصي أوجد سبب السراية في العتق ، فيوجد مسببه ، أما المقدمة الأولى فلأن العتق في الحقيقة مستند اليه ، ولهذا كان ولائه له ، وأما الثانية فظاهرة ، ثم أورد الرواية المذكورة .

واعترضه في المسالك فيما أورده من التعليل العقلي بأنه ان أراد مطلق السبب أعم من التام لم يفده المطلوب ، وان أراد به التام منعناه هنا ، لأن السبب التام للسراية العتق مع اليسار ، واليسار هنا منتف ، لأنه لا يملك بعد الموت ، أو تقول ان سبب السراية انما هو العتق لا الوصية به ، والعتق انما وقع بعد الوفاة ، فمسببه يجب أن يقع بعده كذلك مع اجتماع شرائطه الذي من جملة اليسار ، وهو منتف هنا بعد الوفاة ، لما ذكرناه ، ثم قال : فان قيل : كما أن العتق سبب قريب في السراية ، كذلك الوصية سبب فيها ، لأنها سبب العتق ، وقد حصلت حالة اليسار . لأنه المفروض والعتق سبب في السراية ، قلنا : مجرد وجود السبب لا يقتضى وجود المسبب ، إلا اذا اجتمعت شرائطه ، وإلا فيمكن تغلف المسبب عن

سببه ، لفقد شرط ، وهو هنا كذلك ، لأن شرط العتق وفاة الموصي ، لأنه جعله وصية ، والوصية انما تقع بعد الوفاة ، فاذا تخلف المسبب وهو العتق عن سببه الى ما بعد الوفاة ، لزم معه تخلف سببه ، وهو السراية كذلك وتم المطلوب ، حيث لم يصادف المال ، ثم رد الرواية بأنها لاتصلح لتأسيس الحكم بذاتها لضعف سندها بأحمد بن زياد المذكور ، فانه واقفى غير ثقه ، انتهى .

أقول : يمكن أن يقال ان محل البحث وموضوع المسئلة من أوصى بعتق مماليكه بمعنى أنهم يعتقون بعد موته ، أو ينعقون ، وفهم هذا المعنى من لفظ الرواية غير ظاهر ، فان ظاهرها أنه كتب في وصيته أو قال : بلسانه في ذلك مماليكى أحرار ، وظاهر هذه العبارة محتمل للانشاء ، فيكون ذلك عتقاً لهم في ذلك الوقت ، ومحتمل للأخبار عن عتق سابق ، وعلى كل من الأمرين ، فالعتق قد وقع حال الحياة ، فيترتب عليه ما ذكره في الرواية من السراية ان كان في ثلثه ما بقى بذلك ، وأما أن المراد بها الوصية بأن يعتق مماليكه بعد موته ، فهو في غاية البعد عن حاق لفظها ، فان قيل : ان ذلك مفهوم من قوله فيوصي في وصيته ، والوصية بالعتق يقتضى الاعتاق بعد الموت لا قبله ، قلنا يمكن ارتكاب التجوز في هذا اللفظ ، بمعنى أنه يقول : ويذكر هذا القول في تلك الحال ، وباب التجوز في الكلام واسع ، وارتكاب ما قلناه أولى وأقرب مما ذهب اليه القائلون بالقول الأول من التقديم على الموصي ، مع أنه لا مال له بعد الموت ، كما أوردته عليه ، وأولى منه ما ذهب اليه من رد الخبر واطراحه بالكلية ، مع عدم وجود ما يضاذه من الأخبار ، والعمل بالخبر مهما أمكن أولى من طرحه ، وعلى ما ذكرناه فالخبر لا يكون من محل الاستدلال في شيء ، فيبقى القول الأول خالياً من الدليل ، ويكون العمل على القول الثاني ، بناء على القاعدة المذكورة ، وهي أنه لا يقوم عليه إلا مع وجود المال له ، ولأمال في تلك الحال .

وبالجملة فان الظاهر بهذا الفهم القاصر ، والذهن الخاسر ، ان حمل الخبر

على ما ذكرناه ممكن بما عرفت من التقريب ، فلا يلزم مخالفته للمقواعد بناء على القول الأول ، ولارده بناء على القول الثاني ، والله العالم .

الحاق يشتمل على جملة من الفروع :

الاول : قالوا : لو أوصى بنصف ماله مثلاً ، وأجاز الورثة ، ثم قالوا : ظننا أنه قليل ، كما لو قالوا بعد اجازتهم الوصية بالنصف ، ظننا أنه ألف درهم ، فظهر ألف ألف دينار ، فانه يقبل قولهم في دعوى ظن قلّة المال مع يمينهم ، ويقضى عليهم بما ادعوا ظنه ، فاذا حلفوا قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم ، وعلل قبول قولهم باستناده الى أصالة عدم العلم بالزائد ، مضافاً الى أن المال مما يخفى غالباً ، وأن دعواهم يمكن أن تكون صادقة ، ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا من قبلهم ، لأن الظن من الأمور النفسانية ، فلولم يكتب فيه باليمين لزم الضرر ، لتعذر اقامة البينة على دعواهم .

وتردد المحقق في ذلك ، ومنشأ مما ذكرنا ، ومن تناول لفظ الموصى للقليل والكثير ، وقدومه على ذلك مع كون المال مما يخفى كما ذكر ، فالرجوع الى قولهم رجوع عن اللفظ المتيقن الدلالة على معنى يعم الجميع الى دعوى ظن يجوز كذبه .

قال في المسالك بعد ذكر ذلك : والأقوى القبول ، وحينئذ فيدفع الى الموصى له نصف ما ظنوه ، وثلت باقى التركة ، انتهى .

أقول : لا ريب في قوة ما قواه بالنظر الى هذه التعليقات المذكورة من الطرفين ، إلا أن الاعتماد عليها في تأسيس الأحكام الشرعية كما عرفت في غير مقام مما تقدم ، لا يخلو عن الاشكال ، والمسئلة عارية من النصوص على الخصوص والصالح طريق الاحتياط ، والله العالم .

الثاني : قالوا : لو أوصى بعبد أو بدار ، فأجاز الورثة الوصية ، ثم ادعوا أنهم

ظنوا أن ذلك الثلث أو أزيد يسير ، مع ظهور كون ذلك أزيد بكثير ، لقلة المال لم يسمع دعواهم في هذه الصورة ، لأن الاجازة هنا قد تضمنت معلوماً ، بخلاف ما تقدم في سابق هذا الموضع ، وحاصل الفرق بين المسئلتين أن الاجازة في هذه الصورة وقعت على معلوم للورثة ، وهي العين المخصوصة كيف كانت من التركة ، فكانت الاجازة ماضية عليهم ، بخلاف الصورة الأولى حيث أن الوصية فيها بجزء مشاع ، وهو النصف من التركة مثلاً ، والعلم بمقداره قلة وكثرة موقوف على العلم بالتركة كماً ، والأصل عدمه ، فتسمع فيه دعوى الجهالة ، وأنت خبير بما في هذا الفرق من تطرق احتمال المناقشة ، ولهذا مال في الدروس الى التسوية بين المسئلتين ، والقبول في الحالين ، وجعله العلامة في التحرير وجهاً ، وفي القواعد احتمالاً .

وجه المناقشة التي أشرنا اليها ، ما ذكره في المسالك من أن الاجازة وان وقعت على معلوم للورثة كما يدعونه ، إلا أن كونه مقدار الثلث أو ما قاربه مما سامحوا فيه انما يعلم بعد العلم بمقدار التركة ، والأصل عدم علمهم بمقدارها ، وبناءهم على الظن ، فكما احتمل ظنهم قلة النصف في نفسه ، يحتمل ظنهم قلة العين بالاضافة الى مجموع التركة ، وان لم يكن قليلاً في نفسه ، قال : ومخالفة الأصل هنا بظنهم كثرة المال مع أن الأصل عدمه ، لا يؤثر في رفع الظن عنه واعتقاد كثرته ، بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة ، ولكن ظهر عليه دين قدم على الوصية ، فقل المال الفاضل عنهما ، وهذا موافق للأصل كالأول ، ثم قال : وأيضاً فمن جملة المقتضى للقبول في الأول ، امكان صدقهم في الدعوى ، وتمعذر اقامة البيئة بما يعتقدونه ، وهو متحقق هنا ، لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة ، وذلك يقتضى جهالة قدر المعين من التركة كالمشاع ، ولعل القبول أوجه ، انتهى .

والغرض من التطويل بنقل كلامهم مع ما عرفت من عدم الاعتماد عليه ،

مع خلوه من الدليل الواضح ، هو وقوف الناظر في الكتاب على ما في هذه المسائل من كلام الأصحاب (رحمهم الله) فلعله يتشوق نفسه الى الوقوف على كلامهم ، ونقضهم فيها وإبرامهم ، وقد أشرنا في غير موضع مما تقدم أن الغرض من الكتاب هو أن لا يحتاج الناظر فيه الى مراجعة شيء من كتب الأخبار ، لاحاطتهم فيه بجميع أخبار كل مسألة مسألة ، وكذلك لا يحتاج الى مراجعة كتب الأصحاب للاطلاع على ما ذكره في كل مسألة مسألة حسب الامكان ، وإلا فاستقصاء كلامهم في كل مسألة مسألة مما يتعذر غالباً ، فيكون كتابنا هذا مغنياً عن مراجعة غيره من كتب الأخبار ، وكتب الفروع في الجملة ان شاء الله تعالى .

الثالث : الظاهر أنه لا اشكال في أنه لو أوصى له بثلث ماله مشاعاً فان الموصى له من كل شيء من التركة ثلثه حاضراً كان أو غائباً عيناً كان أو ديناً فهو شريك للورثة في كل جزء جزء من التركة .

أما لو أوصى له بثلث التركة معيناً في عين مخصوصة ، كدار مخصوصة ، أو عبد مخصوص ، فان الموصى له يملكه بالقبول ، وموت الموصي ، ولا اعتراض ، للورثة من حيث اختصاصه بالعين عنهم ، ولهم منها الثلثان ، لأنه لا خلاف في أن للموصى ثلث ماله ، يتصرف فيه كيف شاء ، وأنه لا يتوقف على اذن الورثة ، غاية الأمر أنه بعد أن خصه بهذه العين من حيث كونها ثلث التركة ، وهو لا يملك من هذه العين إلا ثلثها ، جعل ما بأيديهم من ضعف الوصية من جملة التركة كالقيمة الشرعية عما يستحقونه من ثلثي هذه العين ، هذا اذا كان ضعف الموصى به بأيديهم ، كما هو المفروض .

أما لو لم يكن بأيديهم بأن كان له مال غائب ، أو بيد متغلب ، فان لم يكن بأيديهم من التركة شيء أصلاً ، فللموصى له ثلث تلك العين خاصة ، وكان انتقال ثلثها موقوفاً على تمكين الوارث من ضعفها من التركة ، وان كان بيدهم شيء لا يقوم بالنصف فله من العين ما يحتمله الثلث منها ومما بأيديهم من التركة ،

والباقي يصير موقوفاً لا تحكم به لأحد منهما حتى يتضح الحال ، فيجعل أمانة بيد الحاكم أو أمينه أو من يتفقان عليه الى أن يتبين الأمر ، لحصول الغائب وعدمه . ثم ان هذا القدر المتخرج من الثلث المنحصر في بعض هذه العين منجز هل يتسلط الموصي له عليه أم لا ؟ بل يمنع من التصرف فيه وان كان ملكه له ، وجهان : اختار أولها في المسالك ، قال : لوجود المقتضى وهو ملكه له بالوصية المحكوم بصحتها بالنسبة الى الثلث على كل حال ، لأن غاية ما هناك تلف الغائب بأجمعه فيكون الحاضر هو مجموع التركة فيملك ثلثه بغير مانع ، ثم ذكر وجه المنع ورده بما هو مذكور ثمة .

الرابع : قالوا : لو أوصى بثلاث عبده فتبين أنه ليس له من العبد إلا ثلثه ، وأن ثلثيه ، مستحق للغير ، فان الوصية تصح في ذلك الثلث ، ثم ان كان الموصي لا يملك غير ذلك العبد لم تنفذ وصيته المذكورة ، إلا في ثلث الثلث الذي يستحقه ، ووقف في ثلثيه على الاجازة ، وان ملك غيره اعتبر خروج ثلث العبد من ثلث التركة .

ونقل عن بعض العامة ، أنه حكم بنفوذ الوصية في المسئلة المذكورة في ثلث الثلث خاصة ، والذي عليه الأصحاب كما عرفت أن الوصية انما تنصرف الى مستحقه خاصة ، وهو الثلث على التفصيل المتقدم ، وما ذهب اليه ذلك القائل كأنه منزل على الاشاعة ، وجواز الوصية بمال الغير ، بمعنى أنه لو أوصى بثلاث شايع في العبد وهو ملك الجميع من الموصي وباقي الشرءاء ، فلا تنفذ وصيته فيه ، بل انما تنفذ في ثلثه ، ويرجع الى كون موصى به ثلث الثلث ، وردة الأصحاب بأن الوصية لا تصح إلا بما يملكه الموصي ، فلو أوصى بمال الغير لغت ، فلا تنزل على الاشاعة المستلزمة للوصية بمال الغير .

الخامس : المشهور في كلام المتأخرين أنه لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم انصرف اللفظ الى المحلل ، صوناً للمسلم عن المحرم كما اذا

ج ٢٢ في انصراف الوصية بما يقع اسمه على المحلل والمحرم الى المحلل ٤٥١

أوصى بعود من عيدائه وله عود لهو ، وعيدان قسي ، وعيدان عصي ، وعيدان المسقف والبينان ، وأيده بعضهم بوجوب تنفيذ الوصية بحسب الامكان لعموم «فمن بدله بعدما سمعه» وهو لا يتم إلا بذلك .

وقال الشيخ في المبسوط : اطلاق قوله عود من عيداني ينصرف الى العود الذي يضرب به للهو ، لأن ذلك يسمى بالاطلاق عوداً في العادة ، ثم ينظر فان كان له منفعة غير الضرب صحت الوصية ، وان لم تكن له منفعة مباحة ولا يصلح إلا للعب بطلت الوصية .

أقول : لا ريب أن لفظ العود هنا من الألفاظ المشتركة ، ومن شأن اللفظ المشترك ان لا يحمل على أحد معانيه إلا بالقرينة ، وفي كون ما ذكره من صون المسلم عن المحرم قرينة على المحلل على اطلاقه محل اشكال ، سيما مع شيوع استعمال المسلمين للهو واللعب بالعود وغيره ، فلو ثبت ذلك بحال الموصي وما هو عليه من التورع عن المحرمات ، أو عدم ذلك ، ولو في سائر الحالات لكان حسناً . نعم لو لم يكن له عود لهو بالكلية ، انصرف الى المحلل بغير اشكال ، وان كان اللفظ أعسم من المحرم ، ولو لم يكن له إلا العود المحرم قيل تبطل الوصية ، لانصرافه الى غير المشروع ، حيث لم يكن له غيره ، والحال أنه قد خصها بما هو له ، فلا ينتقل الى تحصيل غيره .

وظاهر كلام الشيخ المتقدم أنه ان كان له منفعة مباحة غير الضرب صحت الوصية ، وإلا فلا ، وقيل : تصح الوصية به ، ولكن تزال عنه الصفة المحرمة ، بأن يحول منها الى غيرها من الصفات المحللة ان أمكن ، وإلا بطلت الوصية ، واطلاق العبارة يقتضى أن زوال الصفة المحرمة مع بقاء المنفعة لوتحقق بكسره والانتفاع بنخبه في بعض المنافع المحللة ، يكفي في الصحة على هذا القول .

واستشكل في المسالك في ذلك بأنه يخرج بالكسر عن كونه عوداً لأن وصيته معتمدة على وصف العود فكسره خروج عن الاسم ، ثم قال : لا يقال : اذا

انتقل الى الموصى له فله أن يفعل به ما شاء ، ومن جملته كسره ، بل هو واجب حيث يتوقف زوال الصفة المحرمة عليه ، فلا يقدح ذلك في جواز الوصية ، لأننا نقول ان جواز تصرفه فيه بالكسر وغيره موقوف على صحة الوصية ، وصحتها موقوف على كسره فيدور ، ولوقيل : أنه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه اليه ليندفع الدور ، جاء فيه ما تقدم من زوال اسم العود الذي هو متعلق الوصية ، فلا يكون بعد كسره موصى به ، فلا يحصل بدفعه الى الموصى له الامتنال ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن مبنى كلامه (قدس سره) على أنه بالكسر يخرج عن كونه عوداً ، فلودفع بعد الكسر الى الموصى له لم يصدق الاتيان بالوصية والامتنال لها ، وفيه أن أحد أفراد العود عود الخشب ، وهذا بعد الكسر وان خرج عن عود اللهو ، إلا أنه لا يخرج عن عود الخشب ، قال في كتاب المصباح المنير : وعود اللهو وعود الخشب ، جمعه أعواد وعيدان ، ونحوه في القاموس ، وحينئذ فيرجع الكلام إلى ما ذكره ذلك القائل من صحة الوصية متى ازيلت عنه صفة المحرمة ، وحول الى غيرها من الصفات المحللة ، وأن هذا العود بكسره قد خرج عن عود اللهو ، وصار من قبيل عود الخشب ، الذي منافعه المترتبة عليه محللة .

ثم انه قال في المسالك على أثر الكلام المتقدم : والأقوى أنه ان أمكن ازالة الصفة المحرمة مع بقاء اسمه ، صحت الوصية ، وإلا بطلت لحصره فيما عنده ، وهو ينافي بتحصيل عود من خارج ، ولم يوجد عنده ما يتناول الاسم شرعاً ، فيكون ذلك بمنزلة مال الوصى بالمحرم ، انتهى .

أقول : قد عرفت بما أوضحناه بقاء اسم العود على الباقي بعد الكسر ، فتصح الوصية ، ولا يحتاج الى تحصيل عود من خارج بأي معنى كان ، فان الموجود عنده بعد الكسر مما يتناوله اسم العود ، فلا موجب لبطلان الوصية ، والله العالم .

السادس: قال المحقق في الشرايع : ونصح الوصية بالكلاب المملوكة ،

ككلب الصيد ، والماشية ، والحائط ، والزرع ، قال الشارح في قوله المملوكة : تنبيه ، على أنالولم نقل بملكها لم تصح الوصية بها لعدم كونها مالاً منتفعاً به ومن ثم لم يصح بيعها عند القائل بعدم المالية ، والأقوى جواز الوصية بها وإن لم نقل بملكها ولم نجوز بيعها ، لثبوت الاختصاص بها وانتقالها يداً إلى يد بالارث وغيره ، وهو أعم من الملك .

أقول : قد حققنا في كتاب البيع (١) أن المستفاد من الأخبار اختصاص الملك وجواز البيع ونحوه بكلب الصيد خاصة ، كما هو أحد الأقوال في المسئلة ، وأن ماعدها لادليل على جواز تملكه ولا يبيعه ، ولا غيرهما من الأحكام ، ومنها الوصية هنا ، وأما ما ذكره الشارح هنا من جواز الوصية بالكلاب وإن لم نقل بملكها ولم نجوز بيعها ، فهو مشكل .

أما أولاً فلما صرحوا به من أن من شروط صحة الوصية صحة الملك لكل من الموصى والموصى له ، كما تقدم في المسئلة الأولى من مسائل هذا المقصد ، وقد اعترف بذلك الشارح المذكور ، حيث قال بعد قول المصنف ويعتبر فيهما الملك ؟ فلا يصح بالخمر والخنزير والكلب الهراش ماصورته : المراد هنا صلاحية الملك للموصى والموصى له ، كما ترشداً إليه الأمثلة ، فإن المذكورات لا تقبل الملك بالنسبة إلى المسلم ، أو مطلقاً بناء على اعتبار الواقع في نفس الأمر إلى أن قال : واحترز بكلب الهراش عن الكلاب الأربعة والجرو القابل للتعليم ، فتصح الوصية بها ، لكونها مملوكة لها قيمة ومنفعة ، وهو كما ترى صريح فيما ذكرناه ، وعلى هذا المنوال كلمة غيره من الأصحاب في هذا المجال .

وأما ثانياً فلان الوصية حكم شرعي يترتب عليها جملة من الأحكام كما في جملة الوصايا المبسووث عنها في هذا المقام ، فلا بد في اثباته من الدليل الشرعي كما هو واضح لذوى الأفهام ، وغاية ما يدل عليه الدليل صحة الوصية بالمملوك ، فغيره

يتوقف على الدليل ، ومجرد هذه التعليقات العلية لا يجوز أن ترتب عليها الأحكام الشرعية .

وأما ثالثاً فإن ما ادعاه من انتقالها من يد إلى يد بالارث وغيره مجرد دعوى ، لا يخرج عن المصادرة ، فإن المانع للملك يمنع من حصول الارث فيها ، لكونه فرع الملك بلا خلاف نصاً وفتوى وبالجمله فان كلامه (قدس سره) هنا لا يخلو من تساهل ثم أنه قال في المسالك : اذا تقرر ذلك فاذا أوصى بكلب تجوز الوصية به ، فان وجد في التركة فذاك ، وإلا فان جوزنا شراءه اشترى من التركة ودفع الموصى له ، وان لم تجوز شراءه احتمل بطلان الوصية حينئذ ، لعدم امكان انفاذها على الوجه المشروع ، ومراعاة تحصيله بغير البيع ، إذ لا يلزم من عدم جواز بيعه عدم امكان تحصيله بغيره ، فيجب تحصيله على الوارث تفصيلاً من تبديل الوصية مع امكان انفاذها ، فان أمكن تحصيله والا بطلت ويشكل بأنه لا يلزم ، من امكان تحصيله للوارث وجوبه عليه إذ لا يجب عليه إنفاذ وصية مورثه إلا من مال المورث وهو منتف هنا ، والأقوى البطلان مطلقاً ، لكن لو تبرع به متبرع من وارث وغيره صح ، وان لم يكن ذلك واجباً ، انتهى .

تتميم :

في ذكر جملة من الوصايا المبهمة فمنها الوصية بالجزء من ماله ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك باختلاف الأخبار فيما هنالك ، فذهب جمع منهم الشيخ في كتابي الأخبار والشيخ علي بن بابويه وابنه إلى أنه العشر ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو ظاهر المحقق في الشرايع حيث نسبته إلى أشهر الروايتين ، وذهب جمع منهم الشيخ المفيد والشيخ في النهاية وابن الجنييد وسلاح وابن البراج إلى أنه السبع ، ونقله في المسالك عن أكثر المتأخرين .

والذي يدل من الأخبار على الأول ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن

أو الصحيح في الأول ، والصحيح في الثاني عن عبدالرحمن بن سيابة (١) وهو مجهول قال : ان امرأة أو صت الي وقالت ثلثي يقضى به ديني ، وجزء منه لفلانة ، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى فقال ما أرى لها شيئاً ، ما أدري ما الجزء فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى فقال : كذب ابن أبي ليلى ، لها عشر الثلث ، ان الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام فقال (٢) : «اجعل على كل جبل منهن جزء» وكانت الجبال يؤمئذ عشرة ، والجزء هو العشر من الشيء .

والعلامة في المختلف روى هذه الرواية عن عبد الله بن سنان ، وأنه هو الوصي والسائل عن هذه المسئلة ، وعد الخبر في الصحيح ، والذي في الكافي والتهذيب عن عبد الله بن سنان إنما هو راو عن عبدالرحمن بن سيابة ، وبه تكون الرواية على اصطلاحهم ضعيفة ، وكان لفظ عبدالرحمن بن سيابة سقط ، من نسخة الكتاب الذي عنده ، أو أنه غفل عنه ، إلا أن الشيخ في الاستبصار رواه كذلك فالظاهر أنه نقل الخبر عن الاستبصار ، ولم يراجع الكافي والتهذيب ، ومما يؤيد العمل على ما في التهذيب كما ذكره شيخنا في المسالك ، من أن من المستبعد جداً أن عبد الله بن سنان الفقيه الجليل الامامي يسأل ابن أبي ليلى في ذلك ، بل الموجود في الأخبار أن ابن أبي ليلى كان يسأله ، ويسأل أصحابه مثل محمد بن مسلم وغيره عن كثير من المسائل ، والشهيد في الدروس قد تبع العلامة في هذا المقام وثوقاً بكلامه في المختلف ، واعتماداً على ما في الاستبصار ، ولم يراجع الكتابين الآخرين .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق أو الحسن الذي لا يقصر عن الصحيح

-
- (١) الكافي ج ٧ ص ٣٩ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٨ ح ٨٢٤ ، الاستبصار ج ٤ ص ١٣١ ح ٤٩٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٢ ح ٢ .
(٢) سورة البقرة - الآية ٢٦٠ .

عن معاوية بن عمار (١) «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ، قال : جزء من عشرة ، قال الله تعالى (٢) «اجعل على كل جبل منهن جزءاً» وكانت الجبال عشرة .

ومارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن ابان بن تغلب (٣) «قال : قال أبو جعفر عليه السلام الجزء واحد من عشرة ، لأن الجبال كانت عشرة ، والطير أربعة .

ومارواه في التهذيب عن أبي بصير (٤) «عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بجزء من ماله : قال : جزء من عشرة ، وقال : كانت الجبال عشرة .
ورواه العياشي في تفسيره مثله (٥) ، وزاد : وكانت الطير الطائوس ، والحمامة ، والديك والهدهد ، فأمره أن يقطعهم . . . الى آخره .

ومارواه الصدوق (قدس سره) في كتاب معاني الأخبار عن ابان بن تغلب (٦) «عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يوصى بجزء من ماله ؟ قال : الجزء واحد من عشرة ، لأن الله تعالى يقول «ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً» وكانت الجبال عشرة ، والطير أربعة فجعل على كل جبل منهن جزءاً » قال : وروى أن الجزء واحد من سبعة ، لقول الله عز وجل «لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم» .

ومنها مارواه في الكتاب المذكور في الصحيح عن عبد الله بن سنان (٧) «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أوصت بثلاثها يقضى به دين ابن أخيها وجزء

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٨ ح ٨٢٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٣ ح ٣ .
(٢) سورة البقرة - الآية ٢٦٠ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٢٦ و ٨٢٧ .
(٥) تفسير العياشي ج ١ ص ١٤٤ ح ٤٧٥ .
(٦) معاني الأخبار ص ٢١٧ ح ١ .

(٧) معاني الأخبار ص ٢١٧ ح ٢ ط ايران سنة ١٣٧٩ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٢ ح ١ و ص ٤٤٦ ح ١١ و ص ٤٤٣ ح ٤ و ص ٤٤٤ ح ٦ .

لفلان وفلانة فلم أعرف ذلك ، فقدمنا الى ابن أبي ليلى ، قال : فما قال لك ؟ قلت : قال : ليس لهما شيء فقال : كذب والله ، لهما العشر من الثلث .

وما رواه العياشي (١) في تفسيره عن عبد الصمد بن بشير في خبر يتضمن « أن أبا جعفر المنصور جمع القضاة فقال لهم : رجل أوصى بجزء من ماله فكم الجزء ؟ فلم يعلموا واشتكوا اليه ، فأبرد بريداً الى صاحب المدينة أن يسأل جعفر بن محمد فسأله فقال أبو عبد الله عليه السلام : هذا في كتاب الله بين ، ان الله يقول لما قال ابراهيم رب ارنى كيف تحيي الموتى ، (٢) « ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً » ، فكانت الطير أربعة والجبال عشرة ، يخرج الرجل من كل عشرة أجزاء جزءاً واحداً » ، الحديث .

وما رواه العياشي في تفسيره عن محمد بن اسمعيل عن عبد الله بن عبد الله (٣) « قال : جائني أبو جعفر بن سليمان الخراساني ، وقال : نزل بي رجل من أهل خراسان من الحجاج ، فتذاكرنا الحديث ، فقال : مات لنا أخ بمر و أوصى الى بمائة ألف درهم وأمرني ان أعطى أبا حنيفة منها جزءاً ، ولم أعرف الجزء كم هو مما ترك ، فلما قدمت الكوفة أتيت أبا حنيفة فسألته عن الجزء ، فقال لي الربع ، فأبى قلبي ذلك فقلت : لا أفعل حتى أحج وأستقصي المسئلة ، فلما رأيت أهل الكوفة قد اجتمعوا على الربع ، قلت لأبي حنيفة الى أن قال : وأنا أريد الحج فلما أتينا مكة وكنا في الطواف فاذا نحن برجل شيخ قاعد قد فرغ من طوافه ، وهو يدعو ويسبح إذ التفت أبو حنيفة فلما رآه قال : ان أردت أن تسأل غاية الناس فاسئل هذا ، فلا أحد بعده ، قلت : ومن هذا ؟ قال : جعفر بن محمد ، فلما قعدت واستمكننت إذ استدار أبو حنيفة خلف ظهر جعفر بن محمد ، فقعد قريباً مني فسلم عليه وعظمه وجاء غير واحد مزدلفين مسلمين عليه ، وقعدوا فلما رأيت ذلك من تعظيمهم له اشتد ظهري ، فغمزني أبو حنيفة أن تكلم ، فقلت : جعلت فداك اني

(١) و (٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٤٣ ح ٤٧٣ و ص ١٤٤ ح ٤٧٦ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٤٤٤ ح ٨ و ص ٤٤٥ ح ٩ الباب ٥٤ .

(٢) سورة البقرة - الآية ٢٦٠ .

رجل من خراسان وان رجلاً مات وأوصى الى بمائة ألف درهم وأمرني أن اعطى منها جزءاً ، وسمى لي الرجل ، فكم الجزء جعلت فذاك ؟ فقال جعفر بن محمد يا أبا حنيفة : قل فيها ، فقال : الربع ، فقال لابن أبي ليلى : قل فيها ، فقال : الربع ، فقال جعفر عليه السلام : ومن أين قلتم الربع ؟ قالوا : لقول الله تعالى (١) « فخذ أربعة من الطير فصرهن اليك ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً » ، فقال أبو عبد الله عليه السلام وأنا أسمع هذا قد علمت الطير أربعة ، فكم كانت الجبال ، انما الأجزاء للجبال ، ليس للطير ، فقالوا : ظننا أنها أربعة فقال أبو عبد الله عليه السلام ولكن الجبال عشرة ، ، وروى جزء من سبعة (٢) لقول الله عز وجل (٣) « لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم » انتهى .

هذا جملة ما وقفت عليه من الأخبار الدالة على القول الأول .

وأما ما يدل على القول الثاني من الأخبار فمناه مارواه الشيخ في الصحيح عن البرزطي (٤) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال : واحد من سبعة ، ان الله تعالى يقول « لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم » قلت : رجل أوصى بسهم من ماله ؟ فقال : السهم واحد من ثمانية ، ثم قرأ « انما الصدقات للفقراء والمساكين » الى آخر الآية .

وعن اسماعيل بن همام الكندي (٥) « عن الرضا عليه السلام في الرجل يوصى بجزء من ماله ولم يعينه ، فاختلف الوارث بعده في ذلك فقضى عليهم باخراج السبع من ماله وتلا قوله تعالى « لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم » ، وقد تقدم في عبارة كتاب الفقه الرضوي وكذا في عبارة المقنع الاشارة الى هذه الرواية .

(١) سورة البقرة - الآية ٢٦٠ .

(٢) الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٤ ح ٦ .

(٣) سورة الحجر - الآية ٤٤ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٢٨ و ٨٢٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧

وروى العياشي في تفسيره عن البرزطي (١) « عن الرضا عليه السلام قال : سأله رجل عن الجزء وجزء الشيء ، فقال : من سبعة ، ان الله يقول : لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم ، ورووا أيضاً عن اسماعيل بن همام الكوفي (٢) « عن الرضا عليه السلام في رجل أوصى بجزء من ماله ؟ فقال : جزء من سبعة ، ان الله يقول في كتابه : لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم » .

وفي الفقيه (٣) روى البرزطي عن الحسين بن خالد « عن أبي الحسن عليه السلام قال : سأله عن رجل أوصى بجزء من ماله قال : سبع ثلثة » .

هذا ماوقفت عليه من الروايات الدالة على القول الثاني والشيخ قد جمع بين الأخبار بحمل الجزء على العشر ، فيجب أن ينفذ في واحد من عشرة ، وحمل أخبار السبع على أنه يستحب للورثة انفاذه في واحد من سبعة ، لتلائم الأخبار ، وهو ان كان لا يخلو من بعد لأن ظاهر أخبار السبعة هو أن الحكم الشرعي ذلك ، حيث فسروا عليه السلام الجزء بأنه من سبعة ، بقول مطلق ، إلا أنه في مقام الجمع لامندوحة عنه ، ولا صرح للحمل على التيقية في أحد الطرفين ، لما عرفت من حديث الخراساني المتقدم ، إلا أن يقال : بأن التيقية هنا انما هو بايقاعهم عليه السلام الاختلاف وان لم يكن ذلك قولاً للعامة ، كما قدمناه في مقدمات الكتاب من جلد كتاب الطهارة (٤) ويمكن أن يؤيد القول الأول بفتوى الرضا عليه السلام في كتاب الفقه بذلك ، ونسبة الجزء من سبعة الى الرواية .

وقال في المسالك بعد ذكر حمل الشيخ (رحمة الله عليه) : ولا بأس بهذا الحمل ، حذراً من اطراح الروايات المعتبرة ، وقال في المسالك أيضاً بعد ذكر بعض ما ذكرناه من روايات الطرفين : وهذا القول - وأشار به الى القول الثاني - أصح

(١) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٤٣ ح ٢٠ .

(٢) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٤٤ ح ٢١ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٩ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٣ و ١٤ .

(٤) ج ١ ص ٤ .

رواية والأول أكثر ، فلذلك قال المصنف : أشهرهما العشر ، وتلك أشهر ، وهذه أصح ، وينبغي ترجيح الصحيح .

نعم من حكم بصحة رواية عبدالله بن سنان ، وانضم إليها حسنة أبان ، والباقي من الموثق ، توجه ترجيحه لمضمونها ، وهو خيرة العلامة في المختلف محتجاً بكثرتها ، وزيادتها على هذه ، وموافقتها للأصل وبعدها عن الاضراب ، إذ في رواية السبع أنه سبع تلك وهي الرواية الثالثة التي أشار إليها المصنف أخيراً ، ورواها الحسين بن خالد عن أبي الحسن (١) ثم ساق الرواية كما قدمناه ، ثم قال وهذه الرواية مع جهالة سندها بالحسين بن خالد ، شاذة لاعمال بمضمونها ، والفرق بينها وبين رواية عبدالله بن سنان المتضمنة لعشر الثلث ، أن الموصى صرح فيها بكون الجزء من الثلث ، وهنا جعله من ماله ، ولا اشكال في حمل الجزء على معناه من العشر أو السبع لأي شيء نسب إلى المال ، فهو عشره أو سبعة أو إلى الثلث أو النصف أو غيرهما ، فهو العشر أو السبع من ذلك الجزء المنسوب إليه فالرواية الأولى لا تخالف سوى رواية السبع ، بخلاف هذه ، فانها مخالفة للجميع انتهى .

أقول : أما ما رجح به القول الثاني من صحة روايته مشيراً بذلك إلى صحة البرزطي المتقدمة ، ففيه أن في روايات العشر أيضاً ما هو صحيح ، وهي صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة المروية في كتاب معاني الأخبار ، ولكن العذر له ظاهر ، حيث أن نظرهم مقصور على روايات الكتب الأربعة .

وأما ما طعن به في روايات السبع من الاضطراب بدلالة رواية الحسين بن خالد على أن الجزء سبع ثلثه ، وأنه لا قائل بذلك ، ففيه أولاً أن رد هذه الرواية لهذه العلة التي ذكرها ، لا يستلزم رد غيرها من تلك الأخبار الخالية من هذه العلة ، وثانياً أنه يمكن الجواب عما ذكره بحمل ماله في الخبر على ما يجوز له

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٤ .

التصرف فيه بعد موته ، وليس إلا الثلث ، فإذا اضيف الجزء اليه وكان الجزء بمعنى السبع كما هو المفروض في هذه الأخبار كان الحاصل سبع من ثلثه ، ولا ينافي ذلك الأخبار المتقدمة بأن المراد بالجزء من ماله يعني عشر ماله أو سبع ماله ، لأن المال في تلك محمول على ظاهره وهو ماله في حال الحياة وفي هذا الخبر محمول على ماله بعد الموت فلا يكون مخالفاً لشيء من الأخبار ، كما ذكره (قدس سره) والتأويل في مثله بما ذكرنا للجمع بين الأخبار غير عزيز .

وبالجملة فالمسئلة غير خالية عن شوب الاشكال ، وطريق الاحتياط فيها بالصلح مطلوب على كل حال ، والله العالم .

ومنها الوصية بالسهم ، والمشهور أنه الثمن ، وتدل عليه جملة من الأخبار منها ما تقدم في صحيحة البزنطي ، ومارواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن السكوني (١) «عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل يوصي بسهم من ماله فقال : السهم واحد من ثمانية ، يقول الله تبارك وتعالى «انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل» .

ومارواه في الكافي (٢) في الصحيح أو الحسن عن صفوان والبزنطي ورواه في التهذيب (٣) أيضاً عنهما «قالا : سألنا الرضا عليه السلام عن رجل أوصى «لك» بسهم من ماله لا يدرى السهم أي شيء هو ؟ فقال : أليس عندكم فيما بلغكم عن جعفر ولا عن أبي جعفر عليه السلام فيها شيء ، قلنا له : جعلنا فداك ما سمعنا أصحابنا يذكر من شيئاً من هذا عن آبائك ، فقال : السهم واحد من ثمانية ، قلنا له : جعلنا الله فداك كيف صار واحداً من ثمانية ؟ فقال : أما تقرأ كتاب الله عز وجل ؟ قلت :

(١) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٠ ح ٨٣٢ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٦ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٠ ح ٨٣٣ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٩ ح ٣ و ص ٤٤٨ ح ٢ .

جعلت فداك أنى لأقرؤه ، ولكن لأدري أي موضع هو ؟ فقال : قول الله تعالى (١)
«انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب
والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل» ثم عقد بيده ثمانية قال : وكذلك قسمها
رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ثمانية أسهم ، فالسهم واحد من ثمانية ، ورواه
الصدوق في معاني الأخبار في الصحيح عن صفوان (٢) .

وروى الشيخ المفيد في الارشاد (٣) قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل
أوصى بسهم من ماله ، ولم يبينه فاختلف الورثة في معناه ، ف قضى بينهم باخراج
الثلث من ماله ، وتلا عليهم «انما الصدقات للفقراء والمساكين» الآية ، وهم ثمانية
أصناف ، لكل صنف منهم سهم من الصدقات .

والقول بالثلث مذهب الشيخ في النهاية ، قال : وقد روى أنه سهم من عشرة ،
والأول أكثر في الرواية ، وهذا القول أيضاً قول الشيخ المفيد ، وابن الجنيد ،
والصدوق ، وابن البراج ، وسلاح ، وابن اديس ، وهو المشهور بين المتأخرين .
وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط : أنه السدس ، وبه قال الشيخ علي بن بابويه
(رحمة الله عليه) .

أقول : والرواية التي اشار اليها الشيخ في النهاية بأن السهم من عشرة هي
مارواه في التهذيب عن طلحة بن زيد (٤) «عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال :
من أوصى بسهم من ماله ، فهو سهم من عشرة» والشيخ حملها في التهذيب على
وهم الراوي بالاشتباه عليه بين الجزء والسهم .

قال الصدوق في الفقيه : (٥) وقد روي أن السهم واحد من ستة ، ثم جمع

(١) سورة التوبة - الآية ٦٠ .

(٢) معاني الاخبار ص ٢١٦ ح ٢ ط ايران سنة ١٣٧٩ .

(٣) الارشاد ص ١٠٦ .

(٤) التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٧٣٤ .

(٥) الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٧ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٨ ح ٢ و ص ٤٥٠ ح ٧ و ص ٤٤٩

ح ٥٥٤ .

بينها وبين الرواية الثانية بحمل الستة على ما إذا أوصى بسهم من سهام المواريث، والثمانية على ما إذا أوصى بسهم من سهام الزكاة قال: فتمضى الوصية على ما يظهر من مراد الموصى .

أقول: والرواية بأن السهم واحد من ستة لم ينقلها أحد منهم بغير هذا العنوان المحمل، والظاهر أن المراد بها ما ذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) حيث قال: «فإن أوصى بسهم من ماله فهو سهم من ستة أسهم، وكذلك إذا أوصى بشيء من ماله غير معلوم فهو واحد من ستة»، ومنه يعلم أن قول الشيخ علي بن بابويه بما نقل عنه من أنه السدس إنما استند فيه إلى الكتاب المذكور، والأصحاب هنا مع نقلهم هذا القول عنه لم يستدلوا له بشيء لعدم وجود ذلك في كتب الأخبار المتداولة بينهم، ومنه يعلم كما قدمنا ذكره أن اعتماده على هذا الكتاب، وقتواه بما فيه مع كونه على خلاف الروايات المتكاثرة، كما سمعت، وخلاف قول غيره من الأصحاب (رحمهم الله) أدل دليل على ثبوت كون الكتاب له عليه السلام وأن ذلك مقطوع به عنده، وفي الوسائل احتمال حمل هذه الرواية على التقية، وهو غير بعيد .

وقال في المسالك: وذهب الشيخ في أحد قوليه إلى أنه السدس، لما روى عن ابن مسعود (٢) أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) السدس وقيل: أن السهم في كلام العرب السدس، انتهى .

أقول: والاستدلال بهذه الرواية العامة يحتمل أن يكون من الشيخ كما هو الأقرب، ويحتمل أن يكون من صاحب المسالك، وأياً ما كان ففي ذلك نوع تأييد بحمل كلامه عليه السلام في كتاب الفقه على التقية في هذا الحكم، وكيف كان فالعمل على المشهور، لتكاثر الأخبار، والله العالم .

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٧ هـ الباب ٤٨ ح ١ .

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٣١٠ مسألة ٩ من كتاب الوصية، المعنى لابن قدامة

ومنها مالو أوصى بشيء وظاهر كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه
السدس ، ويدل عليه ما تقدم في عبارة كتاب الفقه الرضوي (١) ومارواه المشايخ
الثلاثة بأسانيدهم عن أبان بن تغلب (٢) وعن علي بن الحسين عليه السلام أنه سئل عن
رجل أوصى بشيء من ماله ؟ فقال : الشيء في كتاب علي عليه السلام واحد من ستة .
ورواه الصدوق في كتاب معاني الأخبار (٣) عن أبان بن تغلب عن «علي بن
الحسين عليه السلام قال : قلت له : رجل أوصى بشيء من ماله ؟ فقال لي : في كتاب
علي عليه السلام الشيء من ماله واحد من ستة .

ومنها مالو أوصى بكثير قال الخلاف : إذا قال أعطوا كثيراً من مالي فإنه
يستحق ثمانين ، على مارواه أصحابنا في حد الكثير ، وتبعه ابن حمزة ولم يفسر
الكثير ، قال في المختلف : والظاهر أن مرادهما ثمانون درهماً كالنذر .
وقال الصدوق : إذا أوصى رجل بمال كثير ، ونذر أن يتصدق بمال كثير ،
فالكثير ثمانون فما زاد ، لقوله تعالى « لقد نصركم الله في مواطن كثيرة » ، وكانت
ثمانين موطناً .

وقال الشيخ (رحمة الله عليه) في كتاب الاقرار من الخلاف لو قال له : عندي
مال كثير ، فإنه يكون اقراراً بثمانين ، على الرواية التي تضمنت أن الوصية
بالمال الكثير وصية بثمانين .

وقال ابن ادریس في قول الشيخ (رحمة الله عليه) تسامح وتجاوز ، إنما
الرواية وردت فيمن نذر أن يتصدق بمال كثير ، وما وردت في الوصية ، ولأوردها
أحد من أصحابنا في الوصايا ، والذي يقتضيه أصول المذهب ، وتحكم به الأدلة

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٨ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٨٣٥ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٥١ ح ٥٢٥ .

(٣) معاني الأخبار ص ٢١٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٦ .

والاعتبار أن لا يتجاوز بالرواية ، وماوردت فيه فحسب ، ولا تعداها الى غير النذر في تفسير الكثير الى المقر ، وكذا في الوصية في تفسير الكثير ، انتهى .

أقول : والى هذا القول مال كثير من المتأخرين ، والرواية المشار اليها بأنها وردت في النذر هي ما رواه في الكافي عن علي بن ابراهيم (١) عن بعض أصحابه ذكره « قال : لما سم المتوكل نذر ان عوفي أن يتصدق بمال كثير ، فلما عوفي سألت الفقهاء عن حد المال الكثير ، فاختلفوا عليه ، فقال : بعضهم مائة ألف ، وقال بعضهم : عشرة آلاف ، وقالوا فيه أفاويل مختلفة ، فاشتبه عليه الأمر ، فقال رجل من ندمائه يقال صفعان : ألا تبعث الى هذا الأسود فتسأله عنه ، فقال له المتوكل : من تعني ويحك ؟ فقال له : ابن الرضا ، فقال له : وهو يحسن من هذا شيئاً ؟ فقال : يا امير المؤمنين : ان أخرجك عن هذا فلي عليك كذا وإلا فاضربني مائة مفرقة ، فقال المتوكل : قد رضيت ، ياجعفر بن محمود صر اليه وسله عن حد المال الكثير ، فصار جعفر بن محمود الى أبي الحسن علي بن محمد عليه السلام فسأله عن حد المال الكثير ، فقال له : الكثير ثمانون ، فقال له جعفر : ياسيدي أنه يسألني عن العلة فيه ، فقال له أبو الحسن عليه السلام : ان الله عز وجل يقول : (٢) « لقد نصركم الله في مواطن كثيرة » فعددتا تلك المواطن فكانت ثمانين موطناً » .

وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك ذكر أن الذي سأله المتوكل هو الجواد عليه السلام وهو غفلة عن مراجعة الرواية ، والشيخ والصدوق وجمع ممن تبعهما عدوا الحكم الى الوصية ، وأضاف الشيخ : الاقرار ، كما عرفت نظراً الى ان ذلك حد شرعي للكثير ، حيثما أطلق كالجزء والسهم ، فلا يقتصر على موضع السؤال إذ لو حمل في غير النذر على غيره لزم الاشتراك المخالف للأصل ، والمتأخرين كشيخنا الشهيد الثاني في المسالك طعنوا في الرواية بالضعف والارسال ، مضافاً

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٦٣ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢٣ ح ١ .

(٢) سورة التوبة - الآية ٢٥ .

الى مخالفتها للأصل واللغة والعرف ، قال واستشهاده بالمواطن الكثيرة المنصور فيها لا يقتضى انحصار الكثير فيه ، فقد ورد في القرآن فيها ، فأكهة كثيرة ، وذكر كثيراً ، ولم يحمل على ذلك ، والحق الرجوع فيه الى الوارث ، وبذلك صرح في المختلف أيضاً فقال : والوجه عندي اختصاص هذا التقدير بالنذر ، وللورثة أن يعطوا مهما شاؤا .

ومنها ما لو أوصى بوجوه من الوصايا فنسى الوصى بعضها فالمشهور بين الأصحاب أنه يصرف الأبواب المنسية في وجوه البر .

ويدل عليه مارواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن محمد بن ريان (١) « قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام وفي الفقيه الى علي بن محمد عليه السلام أسأله عن انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها ، كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع عليه السلام : والأبواب الباقية اجعلها في البر » .

وذهب ابن ادريس والشيخ في أجوبة العائريات الى بطلان الوصية ، فاند يرجع الى الورثة .

ونقل عن ابن ادريس الاحتجاج على ماذهب اليه بأنها وصية بطلت ، لامتناع القيام بها ، فترجع الى الوارث ، واحتج القائلون بالقول المشهور بان المال خرج عن الوارث بالوصية الفافذة أولاً ؟ لأنه المفروض ، فعوده الى ملك الوارث يحتاج الى دليل ، وجهالة مصرفه تصير به بمنزلة المال المجهول المستحق ، فيصرف في وجوه البر ، ولأنه لو رجع الى الوارث لزم تبديل الوصية للنهي عنه ، بخلاف البر ، لأنه عمل بمقتضاها ، غايته جهالة المصرف ، فيصرف فيما يصرف فيه المال المجهول ، ولأن الموصي ربما أراد بوصيته القربة المخصوصة ، فإذا فات الخصوص بالنسيان ، بقي العموم ، فيكون أقرب إلى مراد الموصي كذا قررة شيخنا في المسالك ، ثم

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٤ ، الفقيه ج ٤

ص ١٦٢ ح ٥٦٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦١ .

ج ٢٢ في صرف الوصية في وجوه البر على تقدير تعذره في الوجه الموصى به ٤٦٧

قال : وتشهد له رواية محمد بن ريان ، ثم ساق الخبر كما قدمناه ، وانما جعله شاهداً دون أن يجعله دليلاً لضعف سنده عنده ، بهذا الاصطلاح المحدث ، فالدليل عنده انما هو ما قرره من هذه الوجوه التي ذكرها ، ولا يخفى ما فيه على الفطن النبيه ، والأظهر هو الاعتماد على الخبر .

اما بناءً على الاصطلاح القديم أو الجبرة بالشهرة بين الأصحاب ، إذ لا مخالف في الحقيقة إلا ابن ادریس ، والشيخ وان قال بذلك في الحائريات ، إلا أنه في كتبه موافق للأصحاب ، وتجعل هذه التعليقات التي ذكرها وجوهاً للنص ، وبيان الحكمة فيه .

ويعضد هذا النص جملة من النصوص أيضاً في جزئيات الوصايا ، ويستفاد من ضم بعضها الى بعض قاعدة كلية ، وهي أنه متى تعذر صرف الوصية على الوجه الموصى به لأي عذر كان ، فانها تصرف في وجوه البر ، ولا ترجع الى الورثة ، لتعذر المصروف .

فمن ذلك ما ورد في جملة من الأخبار (١) فمن أن من أوصى للكعبة بمال أو غلام أو جارية أو أهدي لها نحو ذلك ، فانه يصرف المال ، ويبيع الغلام والجارية ، ويصرف ثمنها في المنقطعين من الحاج ، معللاً بأن الكعبة لا تأكل ، ولا تشرب ، وما أهدي لها فهو لزوارها .

ومن ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى ضرايحهم) عن علي بن مزید صاحب السابري (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه أوصى رجل بتركته الي علي المذكور وأمره أن يحج بها عنه ، وكانت التركة لا تبلغ ذلك ، فسأل الفقهاء فأفتوه بالصدقة بها ، فتصدق بها ثم لقي أبا عبد الله عليه السلام فسأله وأخبره

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٣ ح ٨٤٢ و ص ٢١٤ ح ٨٤٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢١ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٨٩٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٤ ح ٥٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٣ الباب ٨٧ .

بما فعل فقال : ان كان لا يبلغ ان يحج به من مكة فليس عليك ضمان ، وإلا فانت ضامن ، وقه قرره ^{إلا} على الصدقة مع عدم بلوغ الحج به من مكة ، ولم يحكم ببطلان الوصية ، والرجوع ميراثاً ، وربما قيل : بالرجوع هنا ميراثاً كما نقله بعض مشايخنا ، والنص المذكور يردده .

ومن ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة (رضي الله عنهم) عن مثنى (١) قال : سألت عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً ، قال : اطلب لها وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له وارثاً ؟ قال : اجهد على أن تقدر له على ولي ، فان لم تجده وعلم الله منك الجهد ، فتصدق بها .

والتقريب فيه ما تقدم من أنه مع تعذر التنفيذ فيما أوصى به يرجع الى الصدقة ، والخبر المذكور محمول إما على موت الموصي بتلك الوصية ، ثم موت الموصي له قبل الدفع له ، أو على بقاء الموصي مع عدم الرجوع في الوصية الى أن مات ، وقد تقدم الكلام في هذه المسئلة ، ومما يلائم ذلك أيضاً ما ورد (٢) فيمن أوصى أن يعتق عنه نسمة بخمسمائة درهم ، فاشتريت بأقل فانها تعطى الباقي وتعتق ، الى غير ذلك من المواضع التي يقف عليها المتتبع .

ومنها مالو أوصى بسيف معين وهو في جفن ، فانه يدخل الجفن والحلية في الوصية ، وكذا لو أوصى بصندوق فيه ثياب أو سفينة وفيها متاع ، أو جراب وفيه متاع ، فان الوصية تكون شاملة للجميع ، وهذا هو المشهور بين الأصحاب متقدميهم ومتأخريهم ، وقال الشيخ في النهاية بذلك أيضاً إلا أنه قيده بكون الموصي عدلاً مأموناً ، فان لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه من الصندوق ، والسفينة والجراب وما فيها .

(١) و (٢) الكافى ج ٧ ص ١٣ ح ٣ و ص ١٩ ح ١٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٥ و ص ٢٢١ ح ١٨ ، المقفيه ج ٤ ص ١٥٦ ح ٥٤٢ و ص ١٥٩ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ٢ و ص ٤٩٥ الباب ٧٧ ، وليس في هذه النسخ « عن مثنى » .

والذي يدل على المشهور ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي جميلة (١) « قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف ، فقال الورثة : انما لك الحديد وليس لك الحلية ليس لك غير الحديد فكتب الى : السيف له وحليته » .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن أبي جميلة (٢) عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن ، وعليه حلية ؟ فقال له الورثة انما لك النصل ، وليس لك المال ، قال : فقال : لا بل السيف بما فيه له ، قال : فقلت : رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال ، فقال الورثة انما لك الصندوق ، وليس لك المال ، قال : فقال أبو الحسن عليه السلام : الصندوق بما فيه له » .

وما رواه في التهذيب عن علي بن عقبة (٣) عن أبيه « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال ، فقال الورثة : انما لك الصندوق وليس لك ما فيه ، فقال : الصندوق بما فيه له » .

وعن عقبة بن خالد (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ، ولم يسم ما فيها ، وفيها طعام أعطيها الرجل وما فيها ؟ قال : هي للذي أوصى له بها ، إلا أن يكون صاحبها متهما ، وليس للورثة شيء » .
ورواه الصدوق إلا أنه قال « إلا ان يكون صاحبها استثنى مما فيها وليس للورثة شيء » .

قال في كتاب الفقه الرضوي (٥) واذا أوصى رجل لرجل بصندوق أو سفينة

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٤ ح ١٠٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٨٣٩ و ٨٣٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦١ .
(٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ٢١٢ ح ٨٤٠ و ٨٣٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٢ .

(٥) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٠ ح ١ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٥١ ح ١٠٢ و ١٠١ ح ٤٥٢ و ١٠٢ ح ٤٥٢ و ١٠١ ح ٤٥٢ .

وكان في الصندوق أو السفينة متاع أو غيره ، فهو مع ما فيه لمن أوصى له ، إلا أن يكون قد استثنى ما فيه .

وهذه الروايات كما ترى ظاهرة الدلالة على القول المذكور إلا رواية عقبة بن خالد الأخيرة بناءً على غير رواية الصندوق وسيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى .

وقال في المسالك - بعد الاستدلال للقول المشهور برواية أبي جميلة الثانية ورواية عقبة بن خالد الأخيرة - ماصورته : وهذه الروايات ضعيفة السند ، إلا أن العرف شاهد لدخول جفن السيف وحليته فيه ، وهو محكم في أمثال ذلك ، فانه لو قال : خذ سيفك أو سافر فلان بسيفه ، لا يفهم منه إلا مجموع هذه الأشياء حتى لو جرده عن غمده لعدّه العقلاء سفيهاً ، والعرف كاف في إثبات ذلك وتبقى الرواية شاهدة بالحكم بدخولها فيه قوى ، وأما الباقي فلا يدل العرف على تناول الظرف للمظروف غالباً ، والرواية قاصرة عن إثبات المطلوب فالقول بعدم الدخول أجود ، نعم لودل العرف أو القرينة على شيء في بعض الأفراد اتبع ، كما أنه لودل على عدم دخول الجفن أو الحلية في بعض الموارد لم يدخل ، وجملة الأمر ترجع الى عدم الدخول إلا مع العرف والقرينة ، ونحنو ذلك صرح في المختلف .

أقول : لا يخفى ما فيه ، فإن رد الأخبار بمجرد الاعتبار ، جراءة على الأئمة الأطهار ، والأحكام الشرعية مبنية على التوقف لامسرح للقول فيها كما تقدم في غير موضع والأخبار المذكورة وإن ضعف سندها بهذا الاصطلاح البذي هو الى الفساد أقرب من الصلاح ، كما أوضحناه في مقدمات كتاب الطهارة ، إلا أنه لا راد لها من الاصحاب ، وضعفه منجبر بالشهرة بينهم ، وقد جروا على ذلك في مواضع لا تحصى من الأحكام كما لا يخفى على المتتبع .

نعم يمكن التوقف على نفيه في مقام التهمة ، بناءً على رواية الشيخين في الكافي والتهذيب ، وأما على رواية الصندوق فلا اشكال ، وهكذا هو مختاره في الدروس .

وأما ما ذكره الشيخ مما قدمنا نقله فإنه استشكل فيه جملة ممن تأخر عنه، منهم العلامة في المختلف وشيخنا في المسالك بأن فيه أولاً أن ما شرطه من عدالة الموصى غير معتبر في الوصية مطلقاً، وإنما يعتبرها بعض الأصحاب في الإقرار على بعض الوجوه على ما فيه .

وثانياً أن نفوذها من الأصل على تقدير العدالة ، ومن الثلث على تقدير عدمها ، فإنه أيضاً ليس من جملة أحكام الوصية بل من أحكام إقرار المريض على بعض الوجوه ، وسيأتى إن شاء الله تعالى ذكره عند ذكر المسئلتين .

وثالثاً تعميمه الحكم في هذه الأشياء من الصندوق والسفينة والجراب مع أن الرواية التي هي منشأ حكمه إنما موردها السفينة ، وهي رواية خالد بن عقبة كما عرفت ، بروايته في الكافي ، والتعديده إلى غيرها مع المخالفة للأصل بعيد . وقال المحدث الكاشاني في الوافي ذيل هذه الرواية ، « يعنى بالتهمة » أن يظن به إرادته الأضرار بالورثة ، وأن لا يبقى لهم شيء ، وقوله وليس للورثة شيء عطف على « هي للذي » ويحتمل أن يكون معناه ولم يبق لهم شيء من تمة الاستثناء وفي نسخ الفقيه « إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها » ، وعلى هذا فلا يحتمل قوله « وليس للورثة شيء » إلا معناه الظاهر ، وعلى معناه الظاهر تحمل الوصية على الإقرار ، لعدم صحتها مشدوداً كان أم لا .

ونقل عن الشيخ المفيد أنه قيد الصندوق بكونه مقفلاً ، والجراب بكونه مشدوداً ، والنصوص كما عرفت مطلقة هذا ، وظاهر الأخبار المتقدمة وبه صرح بعض الأصحاب كون ذلك الموصى به معيناً ، فلو كان مطلقاً كما لو قال أعطوه سيفاً أو سفينة أو صندوقاً ، فإنه لا يتناول إلا ما دل عليه اللفظ ، وهذا في السفينة والصندوق ظاهر حيث إن ما فيها لا يدخل في مدلول اللفظ ، وأما في السيف فاشكال لما تقدم نقله عن المسالك ، من حيث دلالة العرف على تبعية الجفن والحلية ودخولهما في إطلاق السيف ، فيدخل حينئذ سواء كان معيناً أو مطلقاً ولا يخلو من قوة .

وفي المسالك هنا أن دخول الجفن قوي لأنه كالجذء عرفاً ، أما الحلية فلا تدخل إلا مع التعيين ، وهو خلاف ما صرح به أولاً مما قدمنا نقله عنه ، بل الظاهر أن العكس أقوى لأن الحلية أقرب إلى الجزئية من الجنس الذي هو متفرد على حده ، والله العالم .

ومنها ما لو أوصى في سبيل الله وقد اختلف الأصحاب في ذلك فقال الشيخ في النهاية والشيخ المفيد في المغنعة : إذا أوصى بثلك ماله في سبيل الله ولم يسم أخرج في معونة المجاهدين لأهل الضلال والكافرين ، وإن لم يحضره مجاهد في سبيل الله وضع في أبواب البر من معونة الفقراء والمساكين ، وأبناء السبيل ، وصلة آل الرسول ، بل يصرف أكثره في فقراء آل محمد ﷺ ومساكينهم وأبناء سبيلهم ، ويصرف ما بقي بعد ذلك في أبواب البر ، وتبعهما في ذلك ابن البراج في الكامل ، وقال في المبسوط : إذا أوصى بصرف ثلك ماله في سبيل الله ، فسبيل الله هم الغزاة ، وهم على ضربين أحدهما المرابطون المتصدون للقتال ، فهؤلاء لا تدفع اليهم من الزكاة ، لأنه يصرف اليهم أربعة أخماس الغنيمة ، والضرب الثاني هم أصحاب الصنایع الذين اذا نشطوا غزوا ، ثم عادوا إلى حرفتهم ، فهؤلاء تدفع اليهم من الزكاة مع الغنى والفقير ، وهكذا الوصية ، وفي أصحابنا من قال : ان سبيل الله يدخل فيه جميع مصالح المسلمين ، من بناء القناطير وعمارة المساجد ، والمشاهد ، والعمرة ، ونفقة الحاج ، والزوار ، وغير ذلك .

دلينا على هذا أخبار الطائفة ، وأيضاً فان جميع ذلك طريق إلى الله ، وسبيل إليه ، فالأولى حمل اللفظ على عمومه ، وكذا الخلاف في آية الزكاة .

أقول : وظاهره اختيار القول الثاني ، وقال ابن الجنيذ اذا قال في السبيل ، أو سبيل الله جاز ذلك لأهل الثغور ، وأقربهم إليه أولى ، وجاز أن يجعل في الصحيح لقول رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) لأم معقل وقد سألته عن ابنها

وقد جعل بغيره في السبيل «ار كبي بعيرك ، فان الحج من سبيل الله» ، وجاز أيضاً فيمن كان مرابطاً لأعداء الله وحاسباً نفسه على جهادهم ، والذب عن دين الله والمسلمين .
وقال علي بن بابويه : ان شاء جعله لآمام المسلمين ، وان شاء جعله في حج أو فرقه على قوم مؤمنين ، وبذلك قال ابنه في المقنع .

وقال ابن أدریس : يصرف ذلك في جميع مصالح المسلمين ، مثل بناء القنابر والمساجد ، وتكفين الموتى ، ومعونة الحاج ، والزوار ، وما أشبه ذلك لاجماع أصحابنا ، ولأن ما ذكرناه طريق الى الله تعالى ، واذا كان كذلك فالأولى حمل لفظة «سبيل الله» على عمومها ، والظاهر أنه الى هذا القول مال جملة من تأخر عنه والمستند فيه ما أشار اليه ، وتوضيحه أن السبيل لغة الطريق ، والمراد بسبيل الله الطريق اليه ، أي الى رضوانه وثوابه ، لاستحالة التحيز عليه جل شأنه ، وهذا المعنى شامل لجميع ما يتقرب به الى الله تعالى ، فيجب حمل اللفظ عليه ، حيث لا مخصص من شرع أو عرف .

ونقل عن الشيخ ومن تبعه من الحمل على الغزاة ، انهم احتجوا بأن الشرع يقتضي صرف السبيل الى الغزاة ، وحكم كلام الآدميين مع اطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع ، قال في المختلف ومثله المسالك : والمقدمتان ممنوعتان .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله مرادهم) عن الحسن بن راشد (١) قال : سألت العسكري عليه السلام وفي الفقيه أبا الحسن العسكري عليه السلام بالمدينة عن رجل أوصى بمال في سبيل الله فقال : سبيل الله شيعتنا .

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن حجاج الخشاب (٢) «عن

(١) الكافي ج ٧ ص ١٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٤ ح ٨١١ ، الفقيه

ج ٤ ص ١١٥٣ ح ٥٣٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٥ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨١٠ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤١٢ ح ١ و ص ٤١٣ ح ٣ .

ابى عبد الله عليه السلام قال : سألته عن امرأة أوصت الى بعل أن يجعل في سبيل الله فقيل لها تحجج به ؟ فقالت : اجعله في سبيل الله ، فقالوا لها : فتعطيه آل محمد (صلى الله عليه وآله) ؟ فقالت : اجعله في سبيل الله ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : اجعله في سبيل الله كما أمرت ، قلت : مرئى كيف اجعله ؟ قال : اجعله كما أمرتك ان الله تبارك وتعالى يقول (١) « فمن بدله بعد ما سمعه فانما ثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم » أرايتك لو أمرتك ان تعطيه يهودياً كنت تعطيه نصرانياً ؟ قال : فمكثت بعد ذلك ثلاث سنين ثم دخلت عليه فقلت له : مثل الذي قلت له أول مرة فسكت هنيئاً ثم قال : هاتها قلت : من أعطيه ؟ قال : عيسى شلقان .

ومارواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن عمر (٢) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام أن رجلاً أوصى الى بشيء في السبيل فقال لي : اصرفه في الحج ، قال : قلت له أوصى لي في السبيل قال : اصرفه في الحج ، وفي التهذيب دون الآخرين « قلت له : أوصى في السبيل ؟ فقال : اصرفه في الحج فاني لأعلم شيئاً من سبيل أفضل من الحج » وجمع في الفقيه بين هذا الخبر والخبر الأول يصرفه الى الشيعة لتحجج به ، واستحسنه الشيخ في التهذيبين .

وأنت خير بأن سبيل الله أما أن يخص بالجهاد كما هو أحد القولين في المسئلة ، أو يفسر بما هو أعم فيدخل جميع القربات ، والمعنى الأول لا مجال لاعتباره هنا ، وعلى الثاني فلا تنافي بين الحديثين ، ليجتاح الى الجمع بين الخبرين .

ومارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن محمد بن مسلم (٣) « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال : اعطه لمن أوصى به وان

(١) سورة البقرة - الآية ١٨١ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ١٥ ح ٥٠ ص ١٤ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣

ح ٨٠٩ و ٨٠٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٣ ح ٣٠٠ و ص ١٤٨ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٣

ص ٤١٢ ح ٢ و ص ٤١١ ح ١ .

كان يهودياً أو نصرانياً ، ان الله تبارك وتعالى يقول « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه » قال في الفقيه « ماله هو الثلث » .

وعن يونس بن يعقوب (١) « أن رجلاً كان بهمدان ذكر أن أباه مات وكان لا يعرف هذا الأمر أوصى بوصية عند الموت ، وأوصى بان يعطى شيء في سبيل الله فسئل عنه أبو عبدالله عليه السلام كيف يفعل به ، فأخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر ، فقال : لو أن رجلاً أوصى الى أن أضع في يهودي أو نصراني لوضعت فيهما ، ان الله عز وجل يقول « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه » فانظروا الى من يخرج الى هذا الوجه ، يعنى بعض الثغور فابعثوا به اليه » .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوى (٢) : وان أوصى بماله في سبيل الله ولم يسم السبيل فان شاء جعله لامام المسلمين ، وان شاء جعله في حج أو فرقه على قوم مؤمنين ، وهذه العبارة عين عبارة الشيخ علي بن بابويه في المقنع كما تقدم ، ومنه يعلم أن مستنده في ذلك انما هو الكتاب المذكور كما تلوناه عليك في غير موضع ، ولا سيما في كتب العبادات .

أقول : مرجع الخلاف المذكور في هذه المسئلة الى أن سبيل الله متى أطلق هل هو الجهاد أو جميع أبواب البر ؟ فالشيخ ومن تبعه على الأول ، وان جوز مع تعذر الصرف في أنواع البر ، والمشهور بين المتأخرين الثاني ، ولا يخفى أن الأول مذهب اكثر العامة .

قال في المنتهى في كتاب الزكاة . وانما الخلاف في تفسيره ، والشيخ في النهاية والجمال أنه الجهاد ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وأبو يوسف ، وقال أحمد وأحمد بن محمد بن الحسن : يجوز أن يصرف في معونة الحاج .

ومن ذلك يظهر أن ما ذكرت عليه رواية يونس بن يعقوب من أمره عليه السلام

(١) الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٤ ح ٤ .

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣٠ ح ٣ .

بدفع ذلك الى من يخرج الى بعض الثغور انما هو من حيث ان الموصي كان من العامة ، القائلين باختصاص هذا اللفظ بالمجاهدين ، فلا منافاة فيها لما تقدم .
وأما صحيحة محمد بن مسلم فظاهرها أن المراد بسبيل الله الذي أمر عليه السلام بالاعطاء له هو الجهاد ، وهو إما محمول على كون الموصي مخالفاً ، أو أن الحكم خرج مخرج التقيية ، والاستدلال بالآية مضافاً الى قوله « اعطه لمن أوصى » يؤيد الأول .

وأما رواية حجاج الخشاب فظاهرها أيضاً أن المرأة الموصية كانت مخالفة وأنها أرادت بسبيل الله الجهاد ، ولهذا كلما كرر عليها بعض وجوه القربات ، يأمر بالجعل في سبيل الله ، وقد أمر عليه السلام بصرفه في ذلك محتجاً بالآية ، وفيه اشارة الى أنها انما قصدت الجهاد ، فالتمخالفة له بتبديل منهى عنه ، ثم قال له « رأيتك لو أمرتك أن تعطيه يهودياً كنت تعطيه نصرانياً » ، وفيه أيضاً اشارة الى معلومية الموصى اليه من هذا اللفظ ، وليس إلا الجهاد .

بقي الكلام في عدوله عليه السلام بعد هذه المدة الى ما ذكره في آخر الخبر من الدفع الى ذلك الرجل ، ويحتمل أن يكون من حيث عدم وجود المصرف في ذلك الوقت أو ارادة ان جهادهم لم يكن مشروعاً ، عدل عنه الى صرفه في الشيعة ، كما هو مذهبهم عليهم السلام في المسئلة .

وأما باقى الأخبار فهي متلائمة متقاربة للدلالة على القول المشهور ، ويؤيدها ما رواه الثقة الجليل علي بن ابراهيم القمى في تفسيره ، في تفسير قوله سبحانه في آية الزكاة « في سبيل الله » (١) « عن العالم عليه السلام قال « في سبيل الله » قوم يخرجون الى الجهاد وليس عندهم ما يتقوون به ، أو قوم من المؤمنين ليس عندهم ما يحجون به ، أو في جميع سبيل الخير ، الحديث ، وبذلك يظهر أن الأقوى هو القول المشهور ، والله العالم .

(١) الوسائل ج ٦ ص ١٤٥ ح ٧ ، تفسير القمى ج ١ ص ٢٩٩ .

ومنها ما لو أوصى باخراج بعض ولده عن ميراثه ، فان المشهور أنه لا تنفذ وصيته ، وقيل ، انها تصح ، لكن في الثلث خاصة ، وهو ظاهر اختيار العلامة في المختلف ، قال في الكفاية : ولعله أقرب .

وقيل : بالصحة من الأصل فيمن أوصى أبوه باخراجه لوقوعه على أم ولد له ، فانه يحرم من جميع التركة ، وهو ظاهر الصدوق ، والشيخ في كتابي الأخبار . قال المحقق في الشرايع : ولو أوصى باخراج بعض ولده من تركته لم يصح ، وهل يلغو اللفظ فيه ؟ تردد ، بين البطلان واجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد ، فتمضى من الثلث ، ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة ، والوجه الأول ، وفيه رواية بوجه آخر مهجورة ، انتهى .

وعلم وجه الصحة واعتبار الثلث - كما ذهب اليه في المختلف - بأن اخراجه من التركة يستلزم تخصيص باقى الورثة بها ، فكان كما لو أوصى بها ، لمن عداهم فتمضى من الثلث بمعنى حرمان ذلك باخراجه من الثلث ، ومشار كته في الثلثين ان كان معه مساو ، والاختصاص ان لم يكن .

ولشيخنا الشهيد الثانى في المسالك هنا مؤاخذه على هذا القول ، الظاهر أنها لا تخلو من تكلف ، وهذا يدل على القول المشهور ، وظاهر الكتاب والسنة كقوله عز وجل (١) « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن سعد بن سعد (٢) « قال : سألته يعنى أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل كان له ابن يدعيه فنفاه وأخرجه من الميراث وأنا وصيه ، فكيف أصنع ؟ فقال عليه السلام : لزمه الولد باقراره بالمشهد لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه » ، والمسئلة بمحل من الاشكال لعدم النص المفصح عن تحقيق الحال .

(١) سورة النساء - الآية ١١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٦ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٥ ح ٩١٧ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٤٧٦ ح ١ .

بقى الكلام فيما ذهب اليه الصدوق والشيخ (طيب الله تعالى مرديهما) من القول المتقدم نقله عنهما ، فانه يدل عليه ما رواه في الكافي والفقيه عن وصي علي بن السري (١) قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: ان علي بن السري توفي فأوصى الي قال: (رحمه الله) قلت: وان ابن جعفر أوقع علي أم ولد له فأمرني أن أخرجه من الميراث ، قال: فقال لي أخرجه من الميراث وان كنت صادقاً فيصيبه خبل ، قال: فرجعت فقدمني الي أبي يوسف القاضي ، فقال له ، أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي أبي فمره ، فليدفع الي ميراثي من أبي ، فقال أبو يوسف القاضي لي: فما تقول؟ فقلت له: نعم هذا جعفر بن علي بن السري وأنا وصي علي بن السري ، قال: فادفع اليه ماله ، فقلت: أريد أن أكلمك ، قال فادن الي ، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي فقلت له: هذا وقع علي أم ولد لأبيه فأمرني أبوه ، وأوصى الي أن أخرجه من الميراث ، ولا أورثه شيئاً ، فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة ، فأخبرته وسألته فأمرني أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً ، فقال: الله ان أبا الحسن عليه السلام أمرك؟ قال: قلت: نعم ، فاستحلفني ثلاثاً ثم قال لي: أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام فالقول قوله ، قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك ، قال أبو محمد الحسن بن علي الوشا: فرأيت بعد ذلك ، وقد أصابه الخبل ، وهذه الرواية التي أشار اليها المحقق بأنها مهجورة .

قال الصدوق في الفقيه: ومتى أوصى الرجل باخراج ابنه من الميراث ، ولم يحدث هذا الحديث لم يجز للموصي انفاذ وصيته في ذلك ، وتصديق ذلك ما رواه ابن عيسى عن عبد العزيز المهدي عن سعد بن سعد ثم ساق الرواية المتقدمة .
وظاهره تقييد اطلاق خبر سعد بخبر وصي علي بن السري ويأتى على هذا تقييد الآيات المتقدمة بالخبر المذكور أيضاً .

(١) الكافي ج ٧ ص ٦١ ح ١٥ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٥ ح ٩١٧ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٦٢ ح ٥٦٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٦ ح ٢ .

وقال الشيخ في كتابي الأخبار بعد نقل خبر وصي علي بن السري : هذا الحكم مقصور على هذه القضية ، لا يتعدى به الى غيرها ، وظاهرهما أنهما عاملان بالخبر في كل من فعل ذلك .

قال الشيخ : فهو ظاهر عبارته المذكورة ، وأما ابن بابويه فلما صرح به في أول كتابه من أنه لا يذكر فيه إلا ما يقتضى به ، ويعتمد عليه .

وأما الوجه في اطراح المتأخرين هذا الخبر وهجره ، فمن حيث جهل الراوى وهو وصي علي بن السري فانه مجهول الاسم والعدالة ، وفي طريقه أيضاً الماعلى ، وهو مشترك بين الثقة والضعيف ، والمتقدمون كالشيخ والصدوق وأمثالهما لما لم يكن لهذا الاصطلاح عندهم أثر عملوا بالرواية ، لصحتها بوجودها في الاصول المعتمدة ، وهو الحق الحقيق بالاتباع .

قال في المسالك : واعلم أنه لا فرق في الحكم بين الولد وغيره من الوارثان حكمنا بالبطلان أو بنفوذها من الثلث ، وان عملنا بالرواية ، وجب قصرها على موردها ، وهو الولد المحدث للحديث المذكور ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده ، انتهى .

تنبيهات :

الاول : قالوا : اذا أوصى بلفظ مجمل لم يرد تفسيره في الشرع رجع في تفسيره الى الوارث ، كقوله أعطوه حظاً من مالى أو قسطاً أو نصيباً أو قليلاً أو يسيراً أو جليلاً أو جزيلاً ومرجه الى أن كلما يتمول صالح لأن يكون متعلق الوصية ، وهو في نحو القسط والنصيب والحظ والقليل واليسير واضح .

قال في كتاب المصباح المنير : القسط : النصيب ، وقال : النصيب : الحصة ، وقال : الحصة : القسم ، وهو ظاهر في أن مرجع هذه الألفاظ الى معنى واحد ، وهو جزء معين من المال ، قل أو أكثر ، وأما في الجزيل والجليل وما في معناهما كالعظيم والنفيس ، فهو وان كان يقتضى عرفاً زيادة على التمول ، إلا أنه مع

ذلك يحتمل ارادة الأقل ، نظراً الى أن الجميع متصف بذلك فى نظر الشارع ، ولا ينافيه مع ذلك وصفه بالقلّة ونحوها ، لاختلاف الحيثية بقلته من حيث المقدار وجلالته من حيث الاعتبار .

وبالجملة فان ظاهره الرجوع في ذلك الى الوارث على التفصيل المذكور ، قالوا : ولو تعذر الرجوع اليه لسفه أو صغر أو امتناع ، أعطى أقل ما يصدق عليه الاسم ، لأنه متيقن .

الثاني : اذا ادعى الموصى له أن الموصى أراد من بعض هذه الألفاظ المجملة قدراً مخصوصاً كأن ادعى أنه اراد بقوله اعطوه مالاً جليلاً يعنى ألف درهم ، فأنكر الوارث ، فالقول قوله ، إلا أن يدعى الموصى له عليه العلم بذلك ، فعلى الوارث اليمين على نفي العلم ، لانفسى ارادة الموصى ، ذلك لأن ارادته لاتلزم الوارث ، إلا اذا علم بها ، وان كانت واقعة في نفس الأمر ، فاذا ادعاها الموصى له لالتفت الى دعواه ، إلا أن يدعى علم الوارث بها ، فيحلف له على نفي العلم ، لاعلى البت ، لأنه حلف على نفي فعل الغير ، وهذه قاعدة مستمرة .

الثالث : المشهور بين الأصحاب أن الوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع ، وبالربع أفضل منها بالثلث ، وقال ابن حمزة ان كانت الورثة أغنياء كانت الوصية بالثلث أولى ، وان كانوا فقراء فبالخمس ، وان كانوا متوسطين فبالربع ، قال العلامة في المختلف بعد نقله عنه : ولا بأس بهذا القول .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه في الكافي عن شعيب العنقرقوفى في الصحيح (١) « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ، ماله من ماله ؟ فقال : له ثلث ماله وللمرأة أيضاً » ورواه الصدوق عن حماد بن عيسى عن شعيب عن أبى بصير (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ، الحديث .

(١) الكافى ج ٧ ص ١١ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩١ ح ٧٧٠ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٣ .

الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٢ .

ومارواه في التهذيب عن ابن سنان (١) والظاهر أنه عبد الله في الصحيح « قال: للرجل عند موته ثلث ماله ، وإن لم يوص فليس على الورثة امضاؤه » .
وعن علي بن يقطين في الصحيح (٢) « قال سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير » .

وما رواه الصدوق عن محمد بن عمير عن معاوية بن عمار (٣) في الصحيح « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان البراء بن معرور الأنصاري بالمدينة ، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بمكة ، وأنه حضره الموت ، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليه وآله وسلم والمسلمون يصلون الى بيت المقدس ، فأوصى البراء بن معرور اذا دفن أن يجعل وجهه تلقاء النسي (صلى الله عليه وآله وسلم) الى القبلة ، وأوصى بثلث ماله ، فجرت به السنة » -

وما رواه في الكافي عن أبي بصير (٤) « عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ فقال : هو ماله يصنع به ما شاء الى أن يأتيه الموت ، الى أن قال : فإن أوصى به ليس له إلا الثلث » .

وما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن محمد بن قيس (٥) « عن أبي جعفر عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : لئن أوصى بخمس مالي أحب الي من أن أوصى بالربع ، ولئن أوصى بالربع أحب الي من أن أوصى بالثلث ، ومن أوصى بالثلث فلم يترك فقد بالغ » وزاد في الكافي والتهذيب

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٩ و ٩٤٠ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٧٩ وليس فيه « اذا دفن » ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٢

ح ٧٧١ ، الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٨ ح ٧٥٥ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٦ بتفاوت يسير .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٨٧ و ص ٣٦١ ح ١ و ص ٣٦٣

ح ٦ و ص ٣٦٠ ح ١ و ص ٣٥٨ ح ١ .

« قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفي وأوصى بماله كله أو أكثره فقال : ان الوصية ترد الى المعروف غير المنكر فمن ظلم نفسه وأتى في وصيته المنكر والحيث ، فانها ترد الى المعروف ، ويترك لأهل المعروف ميراثهم ، وقال : من أوصى بثلاث ماله فلم يترك وقد بلغ المدى ، ثم قال لئن أوصى بخمس مالى أحب الى من أن أوصى بالربع » .

وما رواه في الكافي والفقيه عن حماد بن عثمان (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من أوصى بالثلاث فقد أضر بالورثة ، والوصية بالخمس والربع أفضل من الوصية بالثلاث ، ومن أوصى بالثلاث فلم يترك » .

وعن السكوني (٢) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : الوصية بالخمس ، لأن الله تعالى رضى لنفسه بالخمس ، وقال الخمس اقتصاد ، والربع جهد ، والثلاث حيف » .

وما رواه في التهذيب عن يونس بن يعقوب (٣) « قال : ان أبا عبد الله عليه السلام لما أوصى قال له بعض أهله : انك قد أوصيت بأكثر من الثلاث ، قال : ما فعلت ولكن قد بقي من ثلثي كذا وكذا وهو لمحمد بن اسماعيل » .

وما رواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (٤) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عما يقول الناس في الوصية بالثلاث والربع عند موته أشياء صحيح معروف ؟ أم كيف صنع أبوك ؟ فقال : الثلاث ذاك الأمر الذي صنع أبي (رحمه الله) .

أقول : لا ريب في دلالة جملة من هذه الأخبار على الرخصة في الثلاث من

(١) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٥ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٢ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٧٩ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٥ ح ١١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٢ ح ٦٠٢ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٠ ح ٢ و ص ٣٦١ ح ٣ و ص ٣٦٣ ح ١٠ و ص ٣٦٢ ح ٣ .

ج ٢٢ في عدم اشتراط كون الموصى به موجوداً بالفعل حين الوصية ٤٨٣

غير كراهة ، ولا سيما أخبار فعل الائمة عليهم السلام وذلك لا يبعد حمل ما دل على الكراهة وأن الأفضل الخمس أو الربع على مراتب حال الورثة في الغنى والفقر ، كما تقدم نقله عن أبي حمزة ، ولعل فعل الائمة عليهم السلام ذلك ، محمول على ذلك . ونقل عن التذكرة التفصيل أيضاً في ذلك ، فقال : لا يبعد عندى التقدير بأنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لاستحباب الوصية ، لأن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) علل المنع من الوصية بقوله (١) «ان ترك خيراً الوصية للوالدين» لأن ترك ذريتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ، ولأن اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الأجنبي ، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم ، كان تركه لهم كعطيتهم فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم ، وحينئذ يختلف الحال باختلاف الورثة ، وكثرتهم وقلنتهم وغناهم وحاجتهم ولا يتقدر بقدر من المال ، انتهى وهو جيد .

المقصد الرابع في احكام الوصية :

وفيه مسائل : الاولى : من المقرر في كلامهم أنه لا يشترط في الموصى به كونه موجوداً بالفعل وقت الوصية ، بل لو أوصى بما تحمله الدابة أو الشجرة في هذه السنة أو السنة المستقبلية ، فانه يصح ، إلا أنه لو أشار الى معين وأوصى بجمله الموجود - أو أوصى بالجمل الموجود لأتمته أو بحملها مطلقاً في مقام تدل القرينة على ارادة الموجود - وبالجمله فان الوصية تعلقت بما هو موجود ، فانه يشترط أن يكون موجوداً حال الوصية ، ولو بمقتضى الظاهر شرعاً فلو كان الحمل لأمة ولدته لأقل من ستة أشهر وهي أقل الحمل من حين الوصية ، علم كونه موجوداً البتة ، ولو ولدته لأكثر من أقصى الحمل من حين الوصية تبين بطلانها ، لتبين عدم كونه موجوداً حين الوصية ، لأنه اذا كان المدة من حين الوصية قد انقضت ، ومضت من حين الوطء المتولد منه الحمل قبل الوصية .

(١) سورة البقرة - الآية ١٨٠ .

ولو ولدته فيما بين أقصى مدة الحمل وأقله ، احتمل وجوده حال الوصية وعدمه ، قالوا : وينبغي أن ينظر حينئذ ، فإن كانت الأمة فراشاً بحيث يمكن تجدد بعد الوصية لم يحكم بصحتها ، لأن الأصل عدم تقدم حال الوصية ، وإن لم يكن فراشاً بأن فارقها الواطئ المباح وطؤه لها من حين الوصية حكم بوجوده ، عملاً بالظاهر ، واصله عدم وطئ غيره فيحكم به للموصى له .

هذا مقتضى كلامهم كما صرح به في المسالك وغيره ، وربما قيل : بأن الظاهر الغالب إنما هو الولادة لتسعة أشهر تقريباً ، فما تولد قبلها يظهر كونه موجوداً ، وإن كان لها فراش ، وإن الخلوة يمكن وطئها محلاً بالشبهة ، ومحرماً لو كانت كافرة ، إذ ليس فيها محذور بعد الصيانة ، بخلاف المسلمة ، ودفعه في المسالك بأن الحكم السابق مرتب على الأصل المقدم على الظاهر عند التعارض ، إلا فيما شذ .

وبالجملة فالمسئلة حينئذ من باب تعارض الأصل والظاهر ، فلو رجح مرجح الظاهر عليه في بعض موارد كما يتفق في بعض نظائره لم يكن بعيداً ، إن لم ينعقد الإجماع على خلافه ، وكيف كان فلا خروج عما عليه الجماعة ، انتهى . أقول : أنت خبير بأن المسئلة خالية من النصوص ، والدليل الشرعي بالعموم والخصوص ، فالحكم في هذه الصورة الثالثة محل الاشكال ، ثم انه ينبغي أن يعلم أن فرض المسئلة المذكورة في ولد الأمة مبني على كون الحمل مملوكاً ، وهو إما بكون الزوج مملوكاً قد شرط مولى الجارية على مولاه رق الولد ، أو يكون الزوج مملوكاً للموصي ، وقد شرط على مولى الجارية رق الولد ، أو كون الزوج حراً على القول بجواز شرط رقية الولد .

ولو كان الحمل لغير الأمة من البهايم قال في المسالك : صح أيضاً واشترط وجوده حال الوصية كحمل الأمة ، إلا أن العلم به لا يتقيد بولادته قبل ستة أشهر ، ولا انتفاء وجوده حالها يعلم بتجاوز العشرة ، لاختلاف الحيوان في ذلك اختلافاً

كثيراً ، والمرجع فيها الى العادة الغالبة لعدم ضبط الشارع حملها ، كالآدمي ويختلف العادة باختلاف أجناسه ، فان للغنم مقداراً معلوماً عادة ، وللبقر مقداراً زائداً عنه ، وكذا الخيل وغيرها من الحيوان ، فيرجع فيه الى العادة ، لأنها المحكمة عند انتفاء الشرع ، وحيث يقع الشك في الوجود حالة الوصية لا يحكم بصحتها ، ويشكل مع هذا حمل الآدمي على المتيقن ، والحيوان على الغالب ، لاشتراكهما في المقتضي على التقديرين ، انتهى .

تنبيهه :

قد عرفت أنه لا يشترط في الموصى به كونه موجوداً حال الوصية ، فتجوز الوصية بالجدد مما تحمله المملوكة أو الشجرة ، أعم من أن يكون مضبوطاً بمدة كالمتجدد في هذه السنة ، أو خمس سنين أو مضبوطاً بعدد كأربعة ، أو يكون مطلقاً ، وعاماً يتناول لجميع ما يتجدد من الأمة أو الشجرة مدة وجودهما ، كقوله كل حمل متجدد وكل ثمرة يتجدد دائماً ونحو ذلك ، وكذا لافرق في المضبوط بين أن يتصل بالموت أو يتأخر عنه ، كالسنة الفلانية مما يتجدد من السنين بعد الموت .

المسئلة الثانية : اذا أوصى له بالمنافع كخدمة عبده ، أو غلة بستانه ، أو سكنى داره ، أو ثمرة شجرته ، على التأييد أو مدة معينة قيل : قومت المنفعة ، فان خرجت من الثلث ، وإلا كان للموصى له ما يحتمله الثلث .

أقول : أما ما يدل على جواز الوصية بالمنافع مضافاً الى الاتفاق على ذلك فمنه رواية جعفر بن حيان (١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوقف غلة له على قرابة من أبيه وقرابة من أمه وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلة ليس بينه وبينه قرابة ، بثلاثمائة درهم كل سنة ، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمه ، قال : جائز للذي أوصى له بذلك ، قلت : أرايت ان لم

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٥ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٦ ح ٨ .

يخرج من غلة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهم ، فقال : اليس في وصيته أن يعطى الذي أوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمه ، قلت : نعم ، قال : ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفي الموصى له ثلاثمائة درهم ، ثم لهم مابقى بعد ذلك » الحديث .

وقال في كتاب الفقه الرضوى (١) : « وإذا أوصى لرجل بسكنى دار فلازم للورثة أن تمضى وصيته ، وإذا مات الموصى له رجعت الدار ميراثاً لورثة الميت » . وروى في الكافي والتهذيب في الصحيح عن سعد بن الأحوص (٢) « قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى رجل أن يعطى قرابته من ضيعته كذا وكذا جريباً من طعام ، فمرت عليه سنون لم يكن في ضيعته فضل بل احتاج الى السلف والعينة أيجرى على من أوصى له من السلف والعينة أم لا ؟ فان أصابهم بعد ذلك يجرى عليهم لما فاتهم من السنين الماضية أم لا ؟ فقال : كأني لا أبالي أن أعطاهم أو أكره ، ثم يقضى » الحديث .

ولفظ « كأني » ليست في رواية الكافي . وأما ما ذكره من تقديم المنفعة الى آخر ما تقدم ذكره فالغرض منه بيان كيفية احتساب المنفعة ، وإخراجها من الثلث ، وهذا في المنفعة الموصى بها اذا لم تكن مؤبداً ظاهراً ، لا خلاف فيه ، لأن العين تبقى لها قيمة معتبرة بعد إخراج تلك المنفعة ، فتقوم المنفعة على الموصى له ، والأصل بما بقى فيه من المنافع على الورثة ، فاذا أوصى بمنفعة العبد مثلاً خمس سنين ، قوّم العبد بجميع منافعه ، واذا قيل : قيمته مائة دينار ، قوم مرة اخرى مسلوب المنفعة تلك المدة ، واذا قيل : قيمته خمسون ، فالتفاوت خمسون حينئذ ، وهي التي تخرج من الثلث ، وتجعل ثلثاً بالنسبة الى ما في يدي الورثة ، فلا بد أن يكون بيد الورثة حينئذ مائة منها ، رقبة العبد التي

(١) المستدرک ج ٢ ص ١٥٥ الباب ٣ من کتاب السكنى .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٤ مع اختلاف يسير ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٢

الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ح ١ .

قيمتها خمسون في المثال المذكور ، وإنما الخلاف في المنفعة المؤبدة ، وقد اختلفوا فيها على أقوال ثلاثة ، والسبب في هذا الإختلاف - مع عدم النص - خلو العين من المنافع عند بعض ، فالوصية بمنافعها في قوة الوصية بها ، وثبوتها عند بعض كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى بيانه ، وقد نقل هذه الأقوال الثلاثة الشيخ في المبسوط ومن تأخر عنه ، والظاهر أنها كلها للعامّة .

أحدها - أن تقوم العين بمنافعها ويخرج مجموع القيمة من الثلث ، فإن خرجت من الثلث لزمّت الوصية في منفعتها ، وإن لم تخرج من الثلث وضاق الثلث عنها لزمّت الوصية في القدر الذي يخرج منه ، فيكون للموصى له من العبد بقدر ما يخرج من الثلث ، والباقي للورثة .

احتج من قال بهذا القول : بأن استحقاق المنفعة على التأيد بمنزلة اتلاف الرقبة ، لأن الغرض من الأعيان إنما هو المنافع ، فيجب أن تقوم الرقبة ، ولأن تقويم المنفعة متعذر لأنها غير معلومة ، ولا محدودة لأن مدة العمر غير معلومة فلا يمكن تقويمها إلا بتقويم العين ، وبالجملّة فإنها لسلب جميع منافعها قد خرجت عن التقويم ، فقد فات على الورثة جميع القيمة ، فكانت العين هي الغاية .

وثانيها - تقويم المنفعة من الثلث على الموصى له ، والرقبة على الورثة ، وإن كانت مسلوبة المنافع ، ومرجه إلى أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها أو قيمتها مسلوبة المنافع ، وعلى هذا تحسب قيمة الرقبة عن التركة .

احتج القائل بهذا القول بأن الرقبة تنتقل إلى الورثة كما تنتقل المنفعة إلى الموصى له ، فوجب أن يقوم على من انتقلت إليه ، وبأن الوارث يقدر على الانتفاع بها بالعتق لو كان مملوكاً ، وبيعها عن الموصى له أو مطلقاً ، وهبتها ، والوصية بها ، فلا وجه لاحتسابها على الموصى له كما ادّعاء القائل الأول ، ويمكن الاتيفاع من البستان بما ينكسر من جزوعه ويبيس ، ومن السدار بآلاتها إذا خربت وخرجت عن صلاحية السكنى ، ولم يعمرها الموصى له بمنفعتها ، فحينئذ

تقوم العين بما لها من المنافع مع صلاحيتها لما ذكرناه من المنافع المحدودة في كل بنسبته ، فإذا قيمتها على الأول مائة درهم ، وعلى الثاني عشرة دراهم ، علم أن قيمة المنفعة الموصى بها تسعون ، فيجب أن يكون مع الورثة ضعفها ، ومن جملته الرقبة بعشرة ، قال في المسالك ، وهذا هو الأصح .

وثالثها - تقويم المنفعة على الموصى له فتحتسب من الثلث ، وأما الرقبة فلا تقوم على الموصى له ، ولا على الورثة ، أما الموصى له فظاهر ، لأنها ليست له وأما الوارث فللمحيلولة بينه وبينها ، وسلب قيمتها بسلب منافعها فكأنها تالفة . ومنه يعلم وجه الاحتياج على القول المذكور ، ومرجه إلى أن الرقبة لقيمة لها من حيث سلب منافعها ، فتكون من قبيل الحشرات ونحوها مما لا قيمة فيه ، وما لا قيمة له لا معنى لاحتسابه على أحد ، وفيه ما عرفت في توجيه القول الثاني .

تذنيب :

يشتمل على مسألتين : الأولى : قالوا : إذ وصى بخدمة عبد بعد مدة معينة ، فنفقته على الورثة ، لأنها تابعة للملك . ولا اشكال في الحكم المذكور لو كانت المنفعة الموصى بها معينة بوقت ، ولاريب ولاخلاف في بقاء العين على ملك الورثة ، والنفقة تابعة للملك .

وانما الكلام فيما إذا كانت المنفعة الموصى بها مؤبدة ، فمن الذي تلزمه نفقة العبد ، قيل : فيه وجوه .

أحدها - وهو اختياره في المسالك أنه الوارث ، لما ذكر من أنها تابعة للملك ، والوارث هو المالك للرقبة ، وهذا القول يتفرع على القول الثاني من الأقوال الثلاثة المتقدمة ، ولهذا أنه في المسالك اختار هنا كونها على الوارث الذي هو المالك ، لاختياره في ذلك القول بتقويم العين على الورثة ، وأنها تكون ملكاً لهم .

الثاني - أنه الموصى له ، لكونه مالكا للمنفعة مؤبدا ، وهذا الوجه مما يتفرع على القول الأول من الأقوال المتقدمة ، فينبغي أن يعلل وجوب النفقة على الموصى له بما علل به تقويم العين عليه ، وعلل هنا زيادة على ذلك بأنه لما كان مالكا للمنفعة مؤبداً كان كالزوج ، ولأن نفعه له ، فكان ضرره عليه ، كالمالك لهما جميعاً ، ولأن اثبات المنفعة للموصى له ، والنفقة على الوارث اضرار به منفي ، ورد هذا التعليل المذكور هنا بأن ملك المنفعة لا يستتبع النفقة شرعاً كالمستأجر ، والقياس على الزوج باطل مع وجود الفارق ، فإن الزوجة غير مملوكة ، والنفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، لافي مقابلة المنافع ، وثبوت الضرر بإيجابها على الوارث ممنوع ، لا تنفائه مع اليسار ، وانتفائها مع عدمه .

الثالث - انه من بيت المال .

أقول : وهذا مما يتفرع على القول الثالث ، حيث انه تضمن أن الرقبة لا تقوم على الموصى له ، ولا على الورثة بالتقريب المتقدم ، ولهذا قالوا هنا ان الوجه في هذا الاحتمال هو أن الوارث لا نفع له ، والموصى له غير مالك ، وبيت المال معد للمصالح ، وهذا منها .

وأورد عليه بأن النفقة من بيت المال مشروطة بعدم المالك المتمكن ، وهو هنا موجود ، ومجرد كونه لا نفع له لا يدفع الملك ، ولا يرفعه والنفقة تابعة للملك كما عرفت .

ومنه تظهر قوة الوجه الأول وان كان أصل المسئلة لخلوها من النص لا يخلو من الاشكال .

قال في المسالك : واعلم أنه لا فرق بين العبد وغيره من الحيوانات المملوكة . وأما عمارة الدار الموصى بمنافعها وسقي البستان وعمارته من حرث وغيره اذا أوصى بشماره ، فان تراضيا عليه أو تطوع أحدهما به فذلك ، وليس للآخر منعه ، وان تنازعا لم يجبر أحد منهما ، بخلاف نفقة الحيوان ، لحرمة الروح ،

ويحتمل طر و الخلاف في العمارة ، وسائر المآون ، بناءً على وجوب ذلك على المالك حفظاً للمال ، والفرق واضح .

نعم لو كانت المنفعة مؤقتة اتجه وجوبها على المالك ، واجباره عليها حفظاً لماله عن الضياع ، لأن منفعته به مترتبة ان أوجبنا اصلاح المال .

الثانية : قالوا : وللموصى له التصرف في المنفعة ، وللورثة التصرف في الرقبة ، يبيع وعق وغيره ، ولا يبطل حق الموصى له بذلك .

أقول : فيه إشارة الى ما تقدم في القول الثاني من أن الوصية بجميع المنافع لا تستلزم عدم نفع بالكلية ، بل هنا منافع تابعة للملك - مثل العتق والهبة والبيع ونحوها - باقية ، والوصية بمنافع العبد من خدمته وغلة البستان وسكنى الدار ، ونحو ذلك لا ينافي بقاء هذه المنافع للمالك ، وأنه يتصرف في العين بذلك .

وبالجملة فانه لما كانت الرقبة ملكه ، فانه يجوز له عتقها لو كان عبداً اذا لامانع منه بوجه ، ولا يستلزم بطلان حق الموصى له من تلك المنافع ، لأن حق المالك هو الرقبة ، ولا يملك اسقاط حق الموصى له من تلك المنافع ، وليس للعتيق الرجوع على الورثة بشيء في مقابلة تفويت منفعه عليه ، لأن تفويت المنافع ليس من قبل الورثة ، وانما هو من قبل الموصى ، وهو متقدم على العتق ، وأما بيعه فان كانت المنفعة الموصى بها محدودة بوقت ، فجوازه واضح ، لعدم المانع كما يجوز بيع العبد المورر ، وان كان المشتري انما له التصرف بعد انقضاء مدة الاجارة . . وان كانت الاجارة مؤبدة ، ففي جوازه عندهم مطلقاً أو على الموصى له خاصة أو المنع مطلقاً أو وجه

قال في المسالك : أجودها الجواز ، حيث تبقى له منفعة كالمملوك لا يمكن عتقه وتحصيل الثواب به أعظم المنافع ، ولأنه يتوقع استحقاق الارش بالجناية عليه ، أو الحصة منه وقد تقدم في بيع المعمر ما يحقق موضع النزاع ويرجح الجواز له ولو لم تبقى له منفعة كـ بعض البهائم ، فالمنع أجود ، لانقضاء المالية عنه بسلب

المنافع كالحشرات ، نعم لو أوصى بنتاج الماشية مؤيداً صح بيعها ، لبقاء بعض المنافع والفوائد كالصوف واللبن والظهر ، وانما الكلام فيما استغرقت الوصية قيمته ، انتهى .
أقول : قد قدمنا في مسألة بيع المعمر عنه (قدس سره) ما يؤذن بالتوقف ، حيث ان جملة من الأصحاب صرحوا بالمنع ، ومنهم من استشكل ، وقد أوضحنا قوة القول بالجواز بالنص الصريح في ذلك ، ومنه تظهر قوة القول بالجواز هنا أيضاً ، والله العالم .

المسئلة الثالثة : قال الشيخ في المبسوط : اذا قال أعطوه قوساً من قسي ، وله قوس نشاب ، وهو قوس العجم ، وقوس نبل ، وهو قوس العرب ، ويكون له قوس حسابان ، وهو الذي يدفع النشاب في مجرى ، وهو الوتر مع المجرى ، ويكون له قوس جلاحق ، وهو قوس البندق ، ويكون له قوس الندف ، فان هذا الاطلاق يحمل على قوس النشاب والنبل والحسابان ، فان كان له شيء منها ، فالورثة بالخيار يعطون أيّ قوس من هذه الثلاثة شأواً ، وان لم يكن له إلا الجلاحق وقوس الندف فالورثة بالخيار ، يعطون أيّ القوسين شأواً ، وتبّع ابن حمزة .
وقال ابن ادریس : الذي أرى ان الورثة بالخيار في اعطائهم أي قوس شأواً من الخمسة ، وتخصيص كلام الموصي العام يحتاج الى دليل .

قال في المختلف بعد نقل ذلك عن الشيخ وابن ادریس : أقول : ولعل الشيخ (رحمة الله عليه) نقل عرفاً لغوياً أو عامياً في أن القوس انما يطلق حقيقة على الثلاثة السابقة ، انتهى .

أقول : ما ذكره الشيخ هو الذي عليه المتأخرون ، قال المحقق في الشرايع : ولو أوصى له بقوس انصرف الى قوس النشاب والنبل والحسابان إلا مع القرينة تدل على غيرها .

وقال شيخنا في المسالك بعد نقل قول الشيخ وابن ادریس ، ونعم ما قال :

وفي كل واحد من القولين نظر ، لأن الذهاب الى التخيير بين الثلاثة يعترف باطلاق اسم القوس على الخمسة ، ولكن يدعى غلبته في الثلاثة عرفاً ، وبذلك يقتضى اتباع العرف في ذلك ، وهو يختلف باختلاف الأوقات والأصقاع ، ولاريب أن المتبادر في زماننا هو القوس العربية خاصة ، وقوس الحساب لا يكاد يعرفه أكثر الناس ، ولا ينصرف اليه فهم أحد من أهل العرف ، فمساواته للأولين بعيد ، ونظر ابن ادريس الى الاطلاق اللغوي جيد ، ولكن العرف مقدم عليه .

والأقوى أنه ان وجدت قرينة تخصص أحدها حمل عليه ، مثل أن يقول : أعطوه قوساً يندف به ، أو يعيش به وشبهه ، فينصرف الى قوس الندف ، أو قوس يفزا به ، فيخرج قوس الندف والبندق ان لم يكن معتاداً في الغزو ، وان انتفت القرائن اتبع عرف بلد الموصى ، فان تعدد تخيير الوارث ، ولو قال : أعطوه ما يسمى قوساً ففى تخيره بين الخمسة ، أو بقاء الاشكال كالأول وجهان : أجودهما الأول ، انتهى .

أقول : ومما يؤيد الاشتراك بين المعاني الخمسة لغة ما ذكره في كتاب المصباح المنير حيث قال : وتضاف القوس الى ما يخصها ، فيقال : قول ندف ، وقوس جلاهم ، وقوس نبل وهي العربية ، وقوس النشاب وهي الفارسية ، وقوس الحساب .

بقي الكلام في أنه هل يدخل الوتر في اطلاقه ، فلو قال أعطوه قوساً فهل يصدق مع عدم الوتر أم لا ؟ اشكال ، قيل : بالدخول . فانه لا يصدق إلا به ، لأن المقصود منه لا يتم إلا به ، فهو كالقص بالنسبة الى الخاتم ، والغلاف بالنسبة الى السيف ، بل أولى ، لأنه بدونه بمنزلة العصا ، وقيل : بالعدم نظراً الى أن الظاهر الصدق بدونه عرفاً ، وعلى هذا فالأجود الرجوع الى العرف أو القرينة ، وإلا فلا يدخل .

تنبيهات :

الاول : كل لفظ وقع على أشياء وقوعاً متساوياً سواء كان بطريق الاشتراك ، أو التواطؤ ، فان للورثة الخيار في تعيين ماشاءا من الأفراد ، وهي قاعدة كلبية في هذا المقام وغيره مما تقدم ، لان الموصى به لفظ يقع على أشياء وقوعاً متساوياً ، إما لكونه متواطئاً ، بأن تكون الوصية بلفظ له معنى ، وذلك المعنى يقع على أشياء متعددة كالعبد مثلاً ، أو لكون ذلك اللفظ مشتركاً بين معان متعددة كالقوس ، فان للورثة الخيار في تعيين ماشاءا ، أما في التواطؤ فلأن الوصية به وصية بالماهية الكلبية ، وخصوصيات الأفراد غير مقصودة أولاً ، بل تبعاً ، فيتخير الوارث في تعيين أي فرد شاء ، لوجود متعلق الوصية في جميع الأفراد ، وأما المشترك فلأن متعلق الوصية هو الاسم ، وهو صادق على المعاني المتعددة حقيقة ، فيتخير الوارث أيضاً ، وربما قيل في المشترك بالقرعة ، وهو بعيد .

الثاني : لو قال : أعطوه قوسي بالاضافة الى نفسه ، وليس له إلا قوس واحدة ، انصرفت الوصية اليها ، لأن ماتقدم من التخيير بين الأفراد الثلاثة أو الخمسة انما هو مع اطلاقه اعطاء القوس من غير أن يضيفه الى نفسه ، فانه مشترك متعدد ، بخلاف ما لو قال : أعطوه قوسي بالاضافة ، وليس له إلا أحدها ، فانه تنصرف الوصية اليه من أي نوع كان لتقييده بالاضافة .

بقي الكلام فيما لو قال : أعطوه قوسي وله قسي متعددة ، فان علم اختصاصه بواحد منها من أي نوع كان انصرفت الوصية اله ، كالمصحف والخاتم في الحبوة ، وإلا فاشكال ، ويحتمل الرجوع الى ماتقدم من التخيير .

الثالث : لو أوصى برأس من مماليكه ، كان الخيار في التعيين الى الورثة ، بأن يعطوا صغيراً أو كبيراً ذكرراً أو أنثى صحيحاً أو مريضاً مسلماً أو كافراً ، لأن اللفظ من الألفاظ المتواطئة بالنظر الى ماتحت معناه من الأفراد المحدودة ، فيتخير

الوارث في اعطاء أيها شاء ، لوقوع الاسم على كل واحد منها ، وانما يتخير مع وجود المتعدد في التركة ، وإلا تعين الموجد ، ولو لم يوجد له مملوك بطلت الوصية . وهل الاعتبار بالوجود عند الوصية أو الموت ؟ وجهان : استجود ثانيهما في المسالك ، قال : لأنه وقت الحكم بالانتقال وعدمه ، كما اعتبر المال حينئذ ، ووجه الأول اضافة الممالك اليه المقتضية لوجود المضاف ، انتهى .

ولو ماتت ممالكه بعد وفاته إلا واحداً تعين للدفع في الوصية ، فان ماتوا كمالاً بطلت الوصية أما لو قتلوا لم تبطل ، وكان للورثة أن يعيثنوا من شأوا ، ووجه البطالان مع موت الجميع فوات متعلق الوصية ، بخلاف القتل ، لبقاء المالية بثبوت القيمة على القاتل ، وهي بدل عن العين ، فيكون للموصي له ، فكل فرد عينه الورثة يثبت له قيمته .

المسئلة الرابعة : لاختلاف ولا اشكال في ثبوت الوصية بشهادة العدلين من المسلمين ، لان ذلك مما يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثنى مما يتوقف على أربعة ، بل دائرة حكم الوصية أوسع ، ومن ثم تثبت بشهادة المرأة الواحدة على بعض الوجوه ، وشهادة عدول أهل الذمة كما دلت عليه الآية ، واستفاضت به الرواية ، إلا أن ظاهر الآية اشتراط قبولها بالسفر ، وتحليفها مع الريبة في شهادتهما بعد الصلاة ، قائلين مادلت عليه الآية (١) « لانشتري به ثمناً قليلاً ولو كان ذاقري ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الآثمين » وأنه متى عثر على بطلان شهادتهما فليس له نقضها حتى يأتي بشاهدين يقومان مقام الشاهدين الأولين (٢) « فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنا اذا لمن الظالمين » .

والأصل فيما ذكرناه من هذه القيود مارواه ثقة الاسلام في الكافي عن علي بن ابراهيم (٣) عن رجاله رفعه « قال : خرج تميم الداري وابن بيدى وابن

(١) و (٢) سورة المائدة - الآية ١٠٥ و ١٠٦ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٥ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٤ الباب ٢١ .

ج ٢٢ في قبول شهادة عدول أهل الذمة في الوصية في السفر إذا لم يوجد مسلم ٤٩٥

أبى مارية في سفر وكان تميم الداري مسلماً ، وابن أبى مارية وابن بيدى نصرانيين وكان مع تميم الداري خرج له فيه متاع ، وآية منقوشة بالذهب ، وقلادة أخرجهما الى بعض أسواق العرب للبيع ، فاعتل تميم الداري علة شديدة ، فلما حضره الموت دفع ما كان معه الى ابن بيدى وابن أبى مارية وأمرهما أن يوصلاه الى وريثه ، فعدما المدينة وقد أخذوا من المتاع الآنية والقلادة ، وأوصلا سائر ذلك الى وريثه ، فاقتد القوم الآنية والقلادة ، فقال أهل تميم لهما : هل مرض صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقة كثيرة ؟ فقالا : لا ، ممرض إلا أياماً قلائل ، قالوا : فهل سرق منه شيء في سفره هذا ؟ قالوا : لا ، قالوا : فهل اتجر تجارة خسر فيها ؟ قالوا : لا ، قالوا : افتقدنا أفضل شيء ، كان معه آنية منقوشة مكللة بالجواهر ، وقلادة ، فقالوا : ما دفع الينا فقد أديننا اليكم ، فقدموهما الى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأوجب رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عليهما اليمين ، فحلفا فخلى عنهما ثم ظهرت تلك الآنية والقلادة عليهما فجاء أولياء تميم الى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فقالوا : يارسول الله قد ظهر على ابن بيدى وابن أبى مارية ما ادعيناه عليهما ، فانتظر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) من الله تعالى الحكم في ذلك . فأنزل الله تبارك وتعالى (١) « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو اثنان من غيركم ان أنتم ضربتم في الأرض ، - فأطلق الله تعالى شهادة أهل الكتاب على الوصية فقط ، اذا كان في سفر ، ولم يجد المسلمين - فاصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قري ، ولا نكتم شهادة الله إنا اذا لمن الآمين » فهذه الشهادة الأولى التي جعلها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فان عثر على انهما استحقا ثمناً أي أنهما حلفا على كذب فأخران يقومان مقامهما ، يعنى من أولياء المدعي من الذين استحق

عليهما الأوليان ، فيقسمان بالله ، يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما ، وأنهما قد كذبا فيما حلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إننا إذا لمن الظالمين فأمر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أولياء تميم الداري أن يحلفوا بالله على ما أمرهم به ، فحلفوا فأخذ رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) القلادة والآية من ابن يبيد و ابن أبي مارية وردهما إلى أولياء تميم الداري : ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم .
ورواه المرئسي (رضي الله عنه) في رسالة المحكم والمتشابه ، نقلاً من تفسير النعماني (١) بإسناده عن علي بن الحسين نحوه إلا قال : تحبسونهما من بعد الصلاة يعني صلاة العصر ، ورواه علي بن إبراهيم (٢) في كتاب التفسير ، ونقل في المسالك عن أكثر الأصحاب ومنهم المصنف أنهم لم يعتبروا في قبول شهادة الذميين السفر ، بل جعلوه في الآية والأخبار إنما خرج مخرج الغالب ، وكذا لم يعتبروا الحلف ، ونقل عن العلامة أنه أوجب الحلف بعد العصر بصورة الآية ، واستحسنه في المسالك .

أقول : لا يخفى الخبر المذكور على اشتراط السفر لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « فأطلق الله شهادة أهل الكتاب على الوصية فقط إذا كان في سفر ، ولم يجد المسلمين » وهو دال بمفهوم الشرط الذي هو حجة شرعية عندنا بالأخبار ، وعند محقق الأصوليين بالاعتبار على أنه لو لم يكن في سفر أو وجد أحداً من المسلمين لم تقبل شهادتهما .
ومن الأخبار الظاهرة بل الصريحة في ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن حمزة بن حمران (٣) عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : سألته عن قول الله تعالى (٤) « ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ » ؟ قال : فقال : اللذان منكم مسلمان ،

(١) و (٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٤ الباب ٢١ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٩ ح ٧١٨ ، الكافي ج ٧ ص ٣٩٩ ح ٨ ، الوسائل

١ ص ٣٩٢ ح ٧ .

(٤) سورة المائدة - الآية ١٠٥ .

واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فقال : اذا مات الرجل المسلم بأرض غربة ، فطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصته ، فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند اصحابهما .

وعن هشام بن الحكم في الصحيح (١) وبسند آخر في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عز وجل « أو آخران من غيركم » قال : اذا كان الرجل في أرض غربة لا يوجد فيها مسلم ، جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصية .

وما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن يحيى بن محمد (٢) « قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله تعالى (٣) « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » قال : اللذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فان لم تجدوا من أهل الكتاب فممن المجوس ، لأن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سن في المجوس سنة أهل الكتاب في الجزية ، وذلك اذا مات الرجل في أرض غربة فلم يجد مسلمين أشهد رجلين من أهل الكتاب ، يجلسان بعد العصر « فيقسمان بالله تعالى لا تشتري به ثمناً ولو كان ذا قربي ، ولا نكتم شهادة الله إننا اذا لمن الآثمين » قال : وذلك اذا ارتاب ولي الميت في شهادتهما ، فان عثر على أنهما شهدا بالباطل فليس له أن يبتض شهادتهما حتى يجيء بشاهدين فيقومان مقام الشاهدين الأولين ، « فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إننا اذا لمن الظالمين » فاذا فعل ذلك نقض شهادة الآخرين يقول الله تعالى (٤) : ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم » .

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٩٨ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٠ ح ٧٢٥ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٨ ح ٧١٥ ، الفقيه ج ٤

ص ١٤٢ ح ٤٨٧ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٩١ ح ٤ و ٦ .

(٣) و (٤) سورة المائدة - الآية ١٠٥ و ١٠٨ .

ومارواه في كتاب بصائر الدرجات لسعد بن عبدالله بسنده فيه عن المفضل بن عمر (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام في كتابه اليه ، قال : وأما ما ذكرت أنهم يستحلون الشهادات بعضهم لبعض على غيرهم ، فان ذلك لا يجوز ولا يحل ، وليس هو على ما تأولوا إلا لقوله عز وجل « يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت » وذلك اذا كان مسافراً فحضره الموت أشهد بالله اثنين ذوي عدل من أهل دينه ، فان لم يجد فأخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته ، تحبسونهما من بعد الصلاة ، « فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشري به ثمنا ولو كان ذاقربى ولا نكتم وشهادة الله إنا اذا لمن الآثمين » فان عثر على أنهما استحقا اثماً فأخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان من أهل ولايته فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ، وما اعتدينا إنا اذا لمن الظالمين ، ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم ، واتقوا الله واسمعوا » .

وهذه الأخبار كلها كما ترى ظاهرة بل صريحة في اعتبار السفر ، وأنه لا تقبل في السفر إلا مع فقد المسلمين ، وما ربما يوجد من الأخبار المطلقة يجب حمله على هذه الأخبار الصريحة في الاشتراط .

وقال في المسالك بعد نقل القول الذي نقله عن الأكثر من عدم اشتراط السفر : ويمكن استنادهم في عدم اشتراط السفر الى موثقة هشام بن الحكم (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى « وآخرا من غيركم » قال : اذا كان الرجل في بلد ليس فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصية ، قال : فانها متناولة باطلاقها للسفر والحضر ، وأنه حيث قد دلت الأخبار التي ذكرناها على

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٣ الباب ٢٠ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٩٨ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩١ ح ٤ .

الاشتراط كما عرفت ، فوجه الجمع بين هذه الرواية وبين تلك الأخبار بحمل هذه الرواية على ما اذا سافر المسلم إلا بلد ليس فيها مسلم ، لأنه من سكانها وأهلها ، والقرينة فيما ذكرناه واضحة ، لأن سكنى المسلم وحده في بلد الكفر اختياراً نادر ، بل غير جائز شرعاً إلا من ضرورة .

وتستفاد من هذه الأخبار عدة فوائد : الاولى - ما ذكرناه وان كان خلاف ما صرح به الأكثرون اشتراط القبول بالسفر ، فلا تقبل في الحضر ، والوجه فيه ما عرفت من وجود المسلمين في الحضر ، حيث ان المسلم لا يسكن إلا في بلاد الاسلام .

الثانية - اشتراط الحلف وأن يكون بالكيفية التي دلت عليها الآية ، كما يدل عليه خبر يحيى بن محمد المذكور ، ومثله مرفوع علي بن ابراهيم ، وخبر المفضل ، وما تقدم نقله عن العلامة من أنه يحلف بعد العصر ، قد دل عليه مرفوع علي بن ابراهيم برواية النعماني عن علي عليه السلام كما تقدم ، ورواية يحيى بن محمد كما في بعض نسخ المشايخ المذكورين ، وفي بعض آخر بلفظ الصلاة بقول مطلق ، وينبغي حمل الاطلاق على العصر لما عرفت .

الثالثة - ان ظاهر أكثر الأخبار المذكورة هو قبول الشهادة على الوصية ، أعم من أن يكون بمال أو ولاية ، إلا أن مورد الآية والقضية التي نزلت فيها كما دل عليه مرفوع علي بن ابراهيم إنما هو المال ، وهو الظاهر أيضاً من كلامه في المسالك ، حيث قال بعد أن صرح بثبوت الوصية بشهادة عدلين مسلمين : ولا فرق في قبولها بها بين كونها بمال أو ولاية ، ومع عدم وجود عدول المسلمين تقبل شهادة عدول أهل الذمة بالمال ، للآية والرواية ، ودعوى نسخها لم يثبت ، وهو ظاهر في أن الوصية تقبل بشهادة عدول المسلمين في المال والولاية ، وأما عدول أهل الذمة ففي المال خاصة ، وعلى هذا فينبغي حمل اطلاق تلك الأخبار على مورد القصة .

الرابعة - لاختلاف بين الأصحاب (رحمهم الله) في اشتراط العدالة في الذميين بالمعنى المعروف عندهم ، واليه يشير قوله عليه السلام في رواية حمزة بن حمران مرضيين عند أصحابهما .

الخامسة - ما دل عليه خبر يحيى بن محمد من أنه مع عدم وجود أهل الكتاب فمن المجوس ، لم أقف عليه في غيره من الأخبار ، ولم يصرح به أحد من أصحابنا فيما حضرني من كلامهم ، والخبر متى دل على حكم ولا معارض له وجب القول به ، وإن لم يقل به قائل كما هو مقتضى التحقيق في المسئلة .

السادسة - قال : في المسالك ولو وجد مسلمان فاسقان ، والذميان العدلان ، فالذميان العدلان أولى للآية ، أما المسلمان المجهولان فيبنى على اعتبار ظهور العدالة ، كما هو المشهور أو الحكم بها ما لم يظهر خلافها ، كما ذهب إليه جماعة من الأصحاب ، فعلى الثاني لا ريب في تقديم المستور من المسلمين لأنه عدل ، وعلى الأول ففي تقديمه على عدل أهل الذمة وجهان : واختار العلامة تقديم المسلمين بل قدم الفاسقين إذا كان فسقهما بغير الكذب والخيانة ، وفيه نظر ، انتهى .

أقول : أما ما ذكره من الفرد الأول فلا اشكال في أن الحكم فيه كما ذكرنا ، أما المسلمان المجهولان فالكلام فيهما مبني على أن العدالة هل هي أمر زائد على مجرد الاسلام ، كما هو المشهور ، والمؤيد المنصور ، أو أنها عبارة عن مجرد الاسلام كما هو اختياره في المسئلة ؟ فعلى الثاني لا اشكال أيضاً لحصول العدالة المشروطة في الآية ، وعلى الأول فالأشهر الأظهر عدم الثبوت إلا بعد الفحص وظهور العدالة ، وما نقل عن العلامة ضعيف لا يلتفت إليه ، لأن الآية والرواية مصرحان باشتراط العدالة ، ووجود المسلم بدونها في حكم عدم ، والله العالم .

وينبغي التنبيه على امور :

الاول : لا ريب أنه كما ثبتت الوصية بالشاهدين ثبت أيضاً فيما إذا كانت مالا بشاهد زعيم ، أو شاهد وامرأتين ، وهو موضع وفاق في المال ، وصية كان

أو غيرها ، وقد دل قوله تعالى (١) « فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، على الاكتفاء بالرجل والامرأتين والأخبار بذلك مستفيضة ، يأتي ان شاء الله تعالى في موضعها اللائق بها ، وكذا ثبت فيما اذا كانت مالا بشهادة الواحدة ربع ما شهدت به ، وبشهادة اثنتين ، النصف ، وبثلاث ثلاثة أرباع ، وبالأربع الجميع ، روى الشيخ في التهذيب في الصحيح عن ربعي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصى ليس معها رجل ؟ فقال : يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها . وما رواه في الفقيه (٣) في الصحيح عن حماد بن عيسى عن ربعي مثله بأدنى تفاوت .

وعن محمد بن قيس (٤) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية لم تشهدا إلا امرأة فقضى أن تجاز شهادة المرأة في ربع الوصية . ورواه بسند آخر عن محمد بن قيس (٥) أيضاً مثله إلا انه « زاد اذا كانت مسلمة غير مربية في دينها » .

وعن أبان (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه « قال في وصية لم تشهدا إلا امرأة فأجاز شهادة المرأة في الربع من الوصية حساب شهادتها » .

وأما ما رواه الشيخ في التهذيب عن ابراهيم بن محمد الهمداني (٧) « قال : كتب أحمد بن هلال الى أبي الحسن عليه السلام امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها ، ووفي الورثة من يصدقها ، وفيهم من يتهمها فكتب عليه السلام : لا ، إلا أن يكون رجل وامرأتان ، وليس بواجب أن تنفذ شهادتها » .

وما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع (٨) في الصحيح « قال : سألت الرضا عليه السلام

(١) سورة البقرة - الآية ٢٨٢ .

(٢) و (٣) و (٤) و (٥) (٦) الكافي ج ٧ ص ٤ ح ٤ ، و ٥ ، التهذيب ج ٩

ص ١٨٠ ح ٧١٩ و ٧٢٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٢ ح ٤٨٦ .

(٧) و (٨) التهذيب ج ٦ ص ٢٦٨ ح ٧١٩ و ص ٢٨٠ ح ٧٧١ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٥ ح ١ و ص ٣٩٦ ح ٤ و ٣ و ٢

و ص ٣٩٧ ح ٨ و ج ١٨ ص ٢٦٦ ح ٤٠ .

عن امرأة ادعى بعض أهلها أنها أوصت عند موتها من ثلثها بعق رقبة لها أعتق ذلك وليس على ذلك شاهد إلا النساء؟ قال : لا تجوز شهادة النساء في هذا ، فحملهما الشيخ في التهذيبين على عدم نفاذها في الجميع ، وإن نفذت في الربع ، وجوز في الاستبصار الحمل على التقية أيضاً .

أقول : وهو الظاهر ، فإن الأول بعيد عن سياق لفظ الخبرين المذكورين ، وهل يتوقف بثوت ما ذكر بشهادتهن على اليمين ، المشهور العدم ، لاطلاق النصوص المذكور فإنها ظاهرة في ثبوت ذلك بمجرد الشهادة ، ولا بعد فيه ، وإن كان مخالفاً لحكم غيره من الحقوق ، فإنها مختلفة بحسب الشهادة اختلافاً كثيراً ، ونقل عن العلامة في التذكرة توقف الحكم في جميع الأقسام على اليمين ، كما في شهادة الرجل الواحد ، ورد بأن اليمين مع شهادة الواحد توجب ثبوت الجميع ، فلا يلزم مثله في البعض ، ولو فرض انضمام اليمين الى اثنتين والثلاث ثبت الجميع ، لقيامهما مقام الرجل ، أما الواحدة فلا يثبت بها سوى الربع مطلقاً ، انضمت اليمين لها أم لا ، على أن في ثبوت الجميع بانضمام اليمين الى اثنتين أو الثلاث إشكالاً أيضاً ، لأن مقتضى النصوص إنما هو النصف في الأول ، وثلاثة أرباع في الثاني ، بمجرد الشهادة ، ووجود اليمين حيث لم يعتبرها الشارع هنا في حكم العدم ، وقيام اثنتين مقام الرجل في بعض الموارد لا يستلزم قياس مانحن فيه عليه ، حتى أنه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك .

وبالجملة فالظاهر هو الوقوف على ظاهر النصوص المذكورة ولو شهد رجل واحد ففي ثبوت النصف بشهادته من غير يمين نظراً الى قيام شهادته مقام اثنتين ، أو الربع خاصة ، لأنه متيقن ، من حيث أنه لا يقصر عن المرأة ، أو سقوط شهادته أصلاً وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده أوجه ، قال في المسالك : أوسعها الأوسط .

أقول : بل أظهرها الأخير لما ذكر ، واختياره الأوسط باعتبار أنه لا يقصر

عن المرأة لمجرد خيال ، والأحكام الشرعية لا تبني على تقريبات العقول ، فكمن حكم يقربه العقل تحكم النصوص بخلافه ، وكم من حكم يبعده العقل تحكم به النصوص .

وهل يشترط في قبول شهادة المرأة في الوصية تعذر الرجال ؟ المشهور العدم ، عملاً بعموم النصوص المتقدمة ، ونقل عن ادريس وقبله ابن الجنيديداً الاشتراط ، وهو ضعيف .

الثاني : المشهور في كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لاخلاف فيه كما نقله في المسالك عدم قبول شهادة النساء منفردات في الولاية ، وعلل بأنها ليست وصية بمال ، بل هي تسلط على تصرف فيه ، وليست أيضاً مما يخفى على الرجال غالباً ، وذلك هو ضابط محل قبول شهادتهن منفردات .

والمشهور أيضاً - بل الظاهر أنه لاخلاف فيه إلا ما يظهر من المحقق في الشرايع حيث تردد في ذلك - هو أنه لا تثبت الوصية بالولاية بالشاهد واليمين ، وذلك لأن ضابط الثبوت بالشاهد واليمين ما كان من حقوق الآدميين مالا أو المقصود منه المال ، وولاية الوصاية لا تدخل في ذلك .

ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه قوى قبول الوصية بالولاية بالمرأتين مع الشاهد ، ونقل عن ابن الجنيدي أيضاً ، وأورد عليه أن اللازم من ذلك قبولها بالشاهد واليمين أيضاً ، لأن كل مائت بشاهد وامرأتين ، ثبت بشاهد ويمين ، وقيل - في وجه تردد المحقق هنا - : أن منشأه مما ذكر ، ومن أن الوصية بالولاية قد يتضمن المال ، كما اذا أراد أخذ الاجرة أو الأكل بالمعروف بشرطه ، ولما فيه من الارفاق ، والتيسير ، فيكون مراداً للآية والرواية .

قال في المسالك : ولا يخفى ما فيه ، وقد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسئلة ولا تردد ، ووافقهم المصنف في المختصر ، على القطع ، وأبدل هذا التردد بالتردد في ثبوت الوصية بالمال بشاهد ويمين ، وكلاهما كالمستغنى

عنه ، للاتفاق على الحكم ، والقاعدة المفيدة للحكم فيهما ، انتهى وهو جيد .

الثالث : قالوا : لو شهد انسان عبيدين له على حمل أمته وأنه منه ، ثم مات وأعتق المملوك كان ثم شهدا بذلك ، فانه تقبل شهادتهما ، وهل يسترقهما المولود حينئذ ؟ قيل : بالمنع ، وقيل : بالجواز على كراهة .

أقول الأصل في هذه المسئلة ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل مات وترك جارية ومملوكين ، فورثه أخ له فأعتق العبيدين ، وولدت الجارية غلاماً فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجارية وأن الحمل منه ، قال : تجوز شهادتهما ، ويردان عبيدين كما كانا ،

وما رواه المشايخ الثلاثة عن داود بن فرقد في الموقوف (٢) قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان في سفر ومعه جارية له وغلامان مملوكان فقال لهما : أنتما حران لوجه الله ، وأشهد أن ما في بطن جاريته هذه مني فولدت غلاماً ، فلما قدموا على الورثة أنكروا ذلك واسترقوهما ، ثم ان الغلامين عتقا بعد ذلك ، وشهدا بعدما أعتقا أن مولاها أشهدهما أن ما في بطن جاريته منه ، قال تجوز شهادتهما للغلام ، ولا يسترقهما الغلام الذي شهدا له ، لأنهما أثبتا نسبه .

قيل : والاستدلال بالخبرين مبني إما على قبول شهادة المملوك مطلقاً أو على مولاه ، لأنهما بشهادتهما للولد والحكم بها صاراً رقاً له ، لتبين أن معتقهما لم يكن وارثاً ، أو على أن المعتبر حريتهما حال الشهادة ، وان ظهر خلافها بعد ذلك ، أو على أن الشهادة للمولى لأعليه ، فتقبل .

وأورد على الأخير بأن الحكم بكون الولد مولى موقوف على شهادتهما

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٥٠ ح ٦٤٢ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٢ ح ٨٧٠ ، الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٦ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٥٧ ح ٥٤٤ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٠ ح ١ و ص ٤٦١ ح ٢ .

ج ٢٢ في قبول شهادة عبدیه علی حمل أمته منه وكراهة استرقاق الحمل لهما ٥٥

علی کونه مولی ، لیكون الشهادة له دارا .

أقول : الوجه عندي هو الأول ، فان الروایات وان اختلفت في قبول شهادة المملوك إلا أن ما دل علی المنع محمول علی التقية ، والأظهر هو الجواز ، فلا ضرورة إلا ارتكاب ما ذكر من التعليقات في الوجوه الباقية .

ونقل عن الشيخ أنه خص الحكم بالوصية ، فان أمرها أخف من غيرها من الحقوق ، كما قبلت فيها شهادة أهل الكتاب ، وفيه أنه لاضرورة الى التخصيص ، فان اطلاق الخبرين المذكورين مع صحة الأول بالاصطلاح المحدث ، وعد الثاني في الموثق إنما هو بواسطة الحسن بن فضال الذي لا يقصر حديثه عندهم عن الصحيح ، مضافاً الى اتفاق الأصحاب علی الحكم المذكور - مع عدم معارض ولا مخالف - أقوى دليل علی العموم .

بقي الكلام في استرقاقهما للولد الذي شهدا له ، وبذلك صرحت صحيحة الحلبي ، وبالعدم صرحت موثقة ، حيث نهى عن استرقاقهما ، وطريق الجمع حمل النهي علی الكراهة ، كما يؤذن به التعليل المذكور ، وملخصه أنه يكره له استرقاقهما ، لأنهما كانا سبباً في حريته بعد الرقية ، فلا يكون سبباً في رقيتهما بعد الحرية .

والمحقق في الشرايع قد فرض المسئلة كما دلت عليه صحيحة الحلبي ، والعلامة في القواعد قد فرضها بما دلت عليه موثقة داود ، وكيف كان فشهادتهما بعنق المولى لهما في رواية داود شهادة لأنفسهما ، فلا تسمع كما هو مقتضى القاعدة . وأنت خبير بأن هذه المسئلة لامناسبة لذكرها في هذا المقام إلا من حيث أن الشيخ قد خصها بالوصية ، كما قدمنا نقله عنه ، والظاهر ان الأصحاب انما ذكروها هنا تبعاً له في ذلك ، وان خالفوه في العمل باطلاق الخبر من المذكورين كما ذكرنا ، والله العالم .

الرابع : قالوا : لاتقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ، ولا ما يجز فيه

نفعاً أو يستفيد به ولاية ، قالوا : والضابط أنه متى كان لنفسه حظ في الشهادة لم تقبل .

وعدوا من ذلك أموراً : منها - أن يشهد بما هو وصي فيه بأن يجعله الموصي وصياً على مال معين ، فينازعه فيه منازع فيشهد به للموصي .
ومنها أن يجربه نفعاً بأن جعله وصياً في تفرقة ثلثه ، فشهد بمال للمورث ، فانه يجربه نفعاً باعتبار زيادة الثلث .
ومنها أن يجعله وصياً على ولده الصغير ، فيشهد للولد بمال ، فانه يستفيد بها ولاية على المال .

وأنت خبير بما في ذلك من تطرق المناقشة ، لعدم ورود نص بشيء مما ذكره ، والى ما ذكرناه يميل كلام ابن الجنيدي حيث نقل عنه أنه قال : « شهادة الوصي جائزة لليتيم في حجره وان كان هو المخاصم للطفل ، ولم يكن بينه وبين الشهود عليه ما يرد شهادته عليه » ومال اليه المقداد في شرحه .

قال في المسالك بعد نقله ذلك : ولا بأس بهذا القول ، لبعد هذه التهمة من العدل ، حيث انه ليس بمالك ، وربما لم تكن له أجرة على عمله في كثير من الموارد ، إلا أن العمل بالمشهور متعين ، انتهى .

أقول : ان كان تعين العمل بالمشهور من حيث الشهرة فهي ليست بدليل شرعي ، بل الاجماع لو ادعى كما اعترف به في غير موضع من شرحه هذا ، وتقديم نقله عنه ، وسيأتي ان شاء الله في بعض مسائل هذا الكتاب ، وان كان لدليل آخر ، فليس في الباب ما يبدل على ذلك ، وإلا لذكره واستند اليه ، هذا مع أن الأحكام منوطة بالنصوص ، ومقيدة بها على العموم أو الخصوص ، ولا نص في المقام سوى هذه التعليقات العليقة ، وقد عرفت ما فيها ، وبالجمل فكلامه (قدس سره) لا يخلو من المجازفة .

ثم ان مما فرعوا على ذلك أيضاً أنه لو كان وصياً في اخراج مال معين ،

فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل ، كما لو أوصى باخراج ألف درهم والتركة ظاهراً ألقان ، فشهد الوصي أن للميت على أحد ألفاً مثلاً ، فان قبول هذه الشهادة يستلزم اخراج الألف المجمعول وصياً فيها من الثلث ، ونفوذ الوصية ، فلا تقبل ، وأنت خير بما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه .

نعم ربما يقال : انه قد وردت هنا أخبار فيمن ترد شهادتهم ، وعد منها الممتهم ، فمن ذلك رواية عبدالله بن سنان (١) قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام ما يرد من الشهود ؟ قال : فقال : الظنين والممتهم .

وفي رواية أبي بصير (٢) قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الذي يرد من الشهود ؟ قال : الظنين والممتهم والخصم .

ومثلها غيرهما ، والوصي في هذه الصور المفروضة يدخل في الممتهم بالتقريب الذي ذكره .

وفيه أنه لا يخفى أن التهمة عرفاً إنما تتحقق بما يوجب جبر النفع الى نفسه ، لا الى غيره ، كما هو المفروض في هذه الفروض ، ومجرد صرفه الوصايا عن الميت والقيام بأطفاله ونحو ذلك لا يتحقق له به نفع دنيوى ، بل ربما أوجب الضرر الدنيوى له بما يوجب من اشتغاله بذلك ، عن قضاء حوائجه ، والسعى في مطالبه وأموره ، وكلما كثرت الوصايا واتسعت الدائرة فيها - وفي أموال الأطفال - كان الضرر أعظم ، والمنع له عن السعى في أموره أتم ، ولهذا ان الشارع جوز له الأكل بالمعروف من أموالهم في مقابلة القيام بأحوالهم .

قال في كتاب المصباح المنير : والتهمة - بسكون الهاء وفتحها - : الشك والريبة ، واتهمته : ظننت به سوء ، ولا يخفى أن هذا كله إنما يترتب على ما يحصل به جبر النفع الى نفسه ، وإثارها ، وإلا فأى سوء وأي ريبة في قيامه بوصايا

(١) و (٢) الكافى ج ٧ ص ٣٩٥ ح ١ و ٣ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٤٢ ح ٦٠١

و ١٥٩٨ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٧٤ ح ١ و ص ٢٧٥ ح ٣ .

الغير ، وصرفه لها في مصارفها مالم يتعد فيها الحدود الشرعية ، وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لكل ناظر ، ومن وراء جميع ذلك انصافه بالعدالة المانعة من تطرق ما ينافيها .

وبالجملة فان الأقرب عندي هو ما نقل عن ابن الجنييد ومن تبعه ، ولا اشكال عندهم في القبول لو كان المشهود عليه خارجاً عما هو وصي فيه ، كما لو جعله وصياً على غلة أطفاله ، فيشهد لهم بدين أو جعله وصياً على تفريق مال معين ، فيشهد للورثة بحق آخر لمورثهم ، ونحو ذلك ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : في الوصية بالعتق ، ولذلك صور عديدة . منها - من أوصى بعتق عبده وليس له سواهم ، فان رتبهم في الوصية أعتق الأول فالأول حتى يتم الثلث ، ولو بجزء عبد فيعمل فيه ما يأتي ذكره ، وتبطل الوصية فيمن بقي وإلا أعتق ثلثهم بالقرعة ، بأن يجعلهم أثلاثاً ولو بتعديلهم بالقيمة ، ثم يقرع بين تلك السهام الثلاثة ، ويعتق الثلث الذي أخرجه القرعة .

وروي (١) « أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فعل ذلك في ستة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ، ولم يكن له غيرهم ، فجزاهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم » ، نقل ذلك الأصحاب في كتب الفروع ، والظاهر أن الرواية عامية ، فانها غير موجودة في كتب أخبارنا ، إلا أن الظاهر أن الحكم لا اشكال فيه ، لأن القرعة لكل أمر مشكل ، وهذا من جماتها ، ولو توقف التعديل على ادخال جزء من أحدهم ، فان خرجت القرعة على الثلث الذي فيه ذلك الجزء أعتق من العبد بحسابه ، وسرى العتق في الباقي ، وسعى في باقي قيمته ، كما في كل مبيع .

قالوا : وانما لم يحكم بعتق ثلث كل واحد مع ان كل واحد منهم بمنزلة الموصى له ، وقد قرروا أن الوصايا اذا وقعت دفعة قسط عليها الثلث بالنسبة للحديث النبوي المتقدم ذكره ، فانه (صلى الله عليه وآله وسلم) انما جزى العبيد أثلاثاً ، وأعتق

الثالث الذي خرج فيه القرعه ، ولم يحكم في ثلث كل واحد واحد ، وأيضاً فان العتق على هذا الوجه موجب للاضرار بالورثة ، لانعتاق الجميع حينئذ ، فانه متى انعتق ثلث كل واحد وجب السعي في قيمته صار حراً فيصير الجميع أحراراً .

أقول : ومن هنا يعلم أن المسئلة غير خالية من شوب الاشكال ، لأن الخبر غير ثابت كما عرفت ، والاضرار بالورثة غير مسموع اذا اقتضته القواعد الشرعية ان ثبت ما ذكره من تلك القاعدة المذكورة ، والظاهر ثبوتها كما سيأتي ان شاء الله تعالى في محله ، هذا كله اذا لم يجز الورثة ، وإلا فلا اشكال .

ومنها - مالو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده ، وفيه قولان : ف قيل : انه يستخرج ذلك العدد بالقرعة ، وقيل : انه يتخير الوارث في ذلك المقدار ، فيعينه فيمن أراد ، وجه الأول أن العتق للمعتق ، ولا ترجيح فيه لبعضهم على بعض ، فوجب التوصل اليه بالقرعة .

وجه الثاني أن متعلق الوصية متواطىء ، فيتخير الوارث في تعيينه كغيره ولأن المتبادر من اللفظ الاكتفاء بأي عدد كان من الجميع وهو اختيار المحقق في الشرايع : والشارح في المسالك قال : وهذا أقوى ، وان كانت القرعة أعدل .

ومنها - مالو أعتق مملوكه عند الوفاة منجزاً وليس له غيره ، قيل : عتق كله ، وقيل ينعتق ثلثه ، ويسعى للورثة في باقي قيمته ، ولو أعتق ثلثه سعى في باقيه ان لم يكن للمعتق مال غيره ، فاضل من مستثنيات الدين ، وإلا سرى العتق عليه في ثلث المال الفاضل .

أقول : أما المسئلة الأولى فهي أحد جزئيات مسئلة منجزات المريض ، والخلاف فيها بين كون ذلك من الأصل أو الثلث مشهور ، وسيأتي تحقيق الحال فيها ان شاء الله تعالى في المسائل الآتية .

وأما المسئلة الثانية فالوجه في سعي العبد في باقي قيمته بالشرط المذكور ،

ان ذلك قاعدة كلية في كل موضع يصير بعضه حراً ، فانه يجب عليه السعي في فك رقبة من جميع ما يكتسبه فاضلاً عن مؤنته ، لا أنه يختص بنصيب الحر خاصة ، كما صرحوا به .

وأما الوجه في فك العتق له كان له مال فاضلاً عما ذكرناه ، فلان سبب السراية هو العتق الذي وقع المال ، وقد وقع في حال المرض كما هو المفروض ، واعتبر من الثلث ، فيكون مسيبه وهو السراية كذلك ، يكون من الثلث ، هذا خلاصة ما ذكره في المقام .

ومنها - مالو أوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب ، فان لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب ، والمراد بالمؤمنة هو الايمان الخاص ، وهو القول بامامة الائمة الاثنى عشر عليهم السلام وأنه مع تعذر ذلك يعتق من لا ينصب ، والمراد بهم المستضعفون ، والجاهلون بأمر الامامة ، وهم أكثر الناس في زمان الائمة عليهم السلام كما استفاضت به الأخبار من تقسيم الناس يومئذ الى الأصناف الثلاثة ، مؤمن ، وضال ، وهومن لا يعرف ولا ينكر ، وكافر ، وهومن أنكر الولاية ، وقد تقدم تحقيق ذلك في مواضع ، ولا سيما في كتاب الطهارة ، وهذا القسم أعنى أهل الضلال مما صرحت الأخبار بأنهم من المسلمين ، وليسوا بالمؤمنين ، ولا الكافرين ، وأنهم في الدنيا يعاملون بمعاملة المسلمين ، وتجري عليهم أحكام الاسلام ، وفي الآخرة من المرجئين لأمر الله ، إما يعذبهم ، وإما يتوب عليهم ، بل ربما دلت بعض الأخبار على دخولهم الجنة بسعة الرحمة الالهية ، وأما المنكرون للامامة وهم المشار اليهم في الأخبار بالنصاب ، فهم من الكفار الحقيقيين ، خلافاً للمشهور بين علمائنا المتأخرين ، ولتحقيق المقام محل آخر .

وكيف كان فمما يدل على الحكم المذكور ما رواه ثقة الاسلام في الكافي عن علي بن أبي حمزة (١) قال : سألت عبداً صالحاً عن رجل هلك فأوصى بعتق

(١) الكافي ج ٧ ص ١٨ ح ١٠ بزيادة كلمة مسلمة ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ح ٢ .

نسمة بثلاثين ديناراً فلم يوجد له بالذي سمي؟ قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمي، قلت: فإن لم يجدوا؟ قال: يشترون من عرض الناس مالم يكن ناصباً.

ومارواه الصدوق في الفقيه عن علي بن أبي حمزة (١) عنه عليه السلام أنه قال «فليشتروا من عرض الناس مالم يكن ناصبياً».

ومارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن إلى علي بن أبي حمزة (٢) «قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال: يشتري من الناس فيعتق».

وشيخنا في المسالك لم يورد دليلاً على القول المذكور إلا الرواية الأخيرة، ثم اعترضها بضعف السند بعلي بن أبي حمزة، قال فالحكم بها مع مخالفة مقتضى الوصية ضعيف، ثم قال: ومع ذلك فليس في الرواية تقييد بعدم النصب، لكن اعتبره الجماعة نظراً إلى أن الناصبي كافر، وعق الكافر غير صحيح، فالقيد من خارج، إلى أن قال: والأقوى أنه لا يجزى غير المؤمنة مطلقاً، فيتوقع المسكنة، انتهى.

أقول: أما الرد بضعف السند فليس بمسموع عندنا، ولا عند المتقدمين، ولا معتمد مع أن أصحاب هذا الاصطلاح متى اتفق الأصحاب على العمل بالخبر تلقوه بالقبول، والأمر كذلك إذ لا يخالف في الحكم فيما أعلم، على أنه قد تقدم منه قريباً في مسألة عدم قبول شهادة الوصي مع التهمة، ما يدل على تمسكه بالشهرة وإن كانت خالية من الدليل بالكلمية، فانه بعد أن استحسّن مذهب ابن الجنيد عدل عنه إلى المشهور من حيث الشهرة لا غير، كما تقدم ايضاحه.

وأما طعنه في الرواية بأنها خالية من التقييد بعدم النصب، ففيه أن الرايتين

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ٥٥٤.

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٨ ح ٩، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٠ ح ٨٦٣، الفقيه

ج ٤ ص ١٥٩ ح ٣٥٥، وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ح ١٥٢.

الأخيرتين قد صرحنا بما ذكره الأصحاب من الشرط المذكور .
فان قيل : ان الروايتين لا دلالة لهما على كون الرقبة الموصى بها مؤمنة
كما هو المدعى ، ولعلله لهذه الجهة لم يورد شيخنا المذكور هذين الخبرين .
قلنا : هذا غلط محض ، فان المسئول عنه وان كان مجعلاً ، لكن الحمل
على المؤمنة معلوم من جوابه عليه السلام ، وهو قرينة على أن المسئول عنه يومئذ إنما
هو الرقبة المؤمنة ، وذلك فان الأمر بالشراء بعد تعذر المأمور به بتلك القيمة
لمن كان من عرض الناس ، إلا أن يكون ناصبياً ، ظاهر في كون المأمور به رقبة
مؤمنة ، والتفصيل فيه جار على ما قدمناه من تقسيم الناس الى تلك الأقسام الثلاثة
في وقتهم عليه السلام ، وان المراد بهذا الذي هو من عرض الناس هم الضلال الذين
لا يعرفون ولا ينكرون ، فاننا قد أشرنا سابقاً الى أن المفهوم من الأخبار أن جل
الناس في وقتهم كانوا من هذا الصنف .

وبالجملة فان الحكم بما هو مشهور صحيح ، ولا يعتريه فتور ولا قصور
ومما يدل على جواز عتق المستضعفين المشار اليهم في هذه الأخبار بعرض الناس
اختياراً لأنهم من المسلمين ، فتجرى عليهم أحكام الاسلام التي من جملتها العتق .

صحيفة الحلبي (١) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرقبة تعتق من
المستضعفين ؟ قال : نعم » إلا أن الظاهر تقييده بما اذا لم تكن الرقبة مشروطاً
فيها أن تكون مؤمنة .

ومنها أنه لو أوصى بعتق رقبة بضمن معين فلم يجدها بذلك الثمن ، بل
وجدها بأكثر منها لم يجب شرائها ، ولم تجب عليه الزيادة ، ويدل عليه ما تقدم
في رواية علي بن أبي حمزة ، حيث قال السائل « فملم توجد بالذي سمي ، فقال عليه السلام :
ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمي » وحينئذ فيجب عليه الصبر ، وتوقع

ج ٢٦ في صرف الوصية في وجوه البر اذا لم تف بالمعين وكذا الزايد عنه ٥١٣

وجودها بما عين له ، فان ينس من ذلك ففي بطلان الوصية أو صرفه في البر أو شراء شقص به ، فان تعذر فأحد الأمرين أوجه ، استجود في المسالك شراء الشقص قال : لأنه أقرب الى مراد الموصي من عدمه ، ولعموم « فأتوا منه ما استطعتم » . أقول : لا يخفى أن الأظهر بناءً على ما تقدم في نظائر هذه المسئلة هو الصرف في وجوه البر ، إلا أن يجعل ما ذكره من شراء الشقص داخلاً في وجوه البر ، وتكون هذه الوجوه التي ذكرها مؤيدة .

وكيف كان فالظاهر هو الصرف في وجوه البر كيف كان ، ونقل عن التذكرة الميل الى القول بالبطلان ، حيث نفى عنه البأس ، وفيه ما عرفت في أصل المسئلة المتقدمة من صون هذا القول ، لأن هذه الصورة أحد جزئيات تلك المسئلة ، ولو وجدت بأقل اشتراها وأعتقها ، ورفع اليها ما بقي من الموصى به .

ويدل على الحكم المذكور ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الصحيح الى سماعة ، فيكون الموقوف (١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة بخمسمائة درهم من ثلثه ، فاشترى الوصي نسمة بأقل من خمسمائة درهم ، وفضلت فضلة ، فما ترى ؟ قال : تدفع الفضلة الى النسمة من قبل أن تعتق ، ثم تعتق عن الميit » .

قال في المسالك : والرواية مع ضعف سندها بسماعة دلت على اجزاء الناقصة وان أمكنت المطابقة ، لأنه لم يستفصل فيها ، هل كانت المطابقة ممكنة أم لا ؟ وترك الاستفصال من وجوه العموم ، إلا أن الأصحاب نزلوها على تعذر الشراء بالتقدير ، ولا بأس بذلك مع اليأس من العمل بمقتضى الوصية ، لوجوب تنفيذها بحسب الامكان ، واعطاء النسمة الزايد صرف له في وجوه البر ، وهو في محله حينئذ ، وتبقى الرواية شاهداً ان لم تكن حجة ، لأن سماعة وان كان واقفياً

(١) الكافي ج ٧ ص ١٩ ح ١٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢١ ح ٨٦٨ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٥٩ ح ٥٥٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٥ الباب ٧٧ .

لكنه ثقة ، فتبني حجيتها على قبول الموثق ، أو على جبر الضعف بالشهرة ، وعلى ما يبيناه لضرورة الى ذلك ، لموافقة مضمونها للقواعد اذا قيدت باليأس من تحصيل النسمة بالشرط ، انتهى .

أقول : الظاهر - والله سبحانه وأولياؤه أعلم - أن الموصي أوصى بشراء نسمة تكون مما يساوي هذا الثمن عرفاً ، واتفق حصول بعض أفراد هذا النوع بأقل من هذا الثمن ، فإن الحكم فيه ما ذكر من صحة الشراء واعطاء الزائد النسمة .

أما صحة الشراء فلأن المفروض أنه من النوع الذي أمر به ، وإن اتفق حصوله بأقل من الثمن المعين ، لأن الموصي إنما قصد بتعيين الثمن بيان النوع الذي يريد ، بمعنى أنه يكون من الأنواع التي تكون قيمتها بحسب العرف والعادة خمسمائة درهم ، فالغرض إنما هو بيان النوع ، والذي اشتراه الوصي من هذا النوع ، إلا أنه اتفق له بأقل من الثمن المحدود ، وحينئذ فزيادة الثمن ونقصانه غير ملحوظ في الأمر بالشراء ، وإنما الملحوظ تعيين النوع ، وقد حصل ، فلا مخالفة في الرواية بوجه من الوجوه ، ولا يحتاج الى تنزيلها على تعذر الشراء بالمقدر ، كما نقله عن الأصحاب ، ولا الى الحمل على اليأس من العمل بمقتضى الوصية كما ذكره ، لأن العمل بمقتضى الوصية قد حصل بشراء تلك النسمة ، حيث أنها من النوع الذي أراده الموصي ، والثمن لاندخل له في ذلك حيث انه إنما ذكر لبيان ذلك النوع ومعرفته ، لا أنه ملحوظ له أولاً وبالذات كما توهمه حتى أنه بالنقصان عنه قد خالف مقتضى الوصية ، وما ذكرناه بحمد الله سبحانه صحيح ، لا قصور فيه ولا ريب يعتريه .

وأما صرف الزائد فهو يرجع الى صرفه في وجوه البر ، كما هو المقرر في مثله .

بقي الكلام في أن الرواية دلت على أن المعتقد بعد اعطاء الزائد النسمة والمفهوم من كلام الأصحاب عدم التقييد بذلك ، وأنه لا فرق في دفع الزائد الى النسمة بين كونه قبل العتق أو بعده ، والله العالم .

ومنها أنه لو أعتق رقبة بظن أنها مؤمنة ، ثم بانته بخلاف ذلك ، قالوا : أجزأت عن الموصى له ، وعلمه في المسالك بأنه متعبد في ذلك بالظاهر ، لا بما في نفس الأمر ، إذ لا يطلع على السرائر إلا الله ، فقد امتثل الأمر ، وهو يقتضى الاجزاء ، انتهى وهو جيد .

أقول : ويدل عليه أيضاً ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) عن عمار بن مروان (١) عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال فيه « قلت : وأوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشدة ، فقال : فقد أجزأت عنه » وزاد في الكافي الفقيه « إنما ذلك مثل رجل اشترى اضحية على انها سمينة فوجدها مهزولة ، فقد أجزأت » ، والمراد بقوله « لغير رشدة » يعنى ولد الزنا وفي الخبر اشارة واضحة الى عدم ايمان ولد الزنا كما هو حق عندى في المسئلة ، وقد تقدم تحقيق القول فيه في كتاب الطهارة .

المقصد الخامس فى الموصى له :

وفيه مسائل : الاولى : الظاهر أنه لاخلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أنه يشترط في الموصى اليه الوجود حال الوصية ، فلو أوصى لميت بطلت ، وكذا لو أوصى لمن يظن وجوده ، ثم تبين أنه قد مات حال الوصية ، قالوا ، والوجه في ذلك أن الوصية لما كانت عبارة عن تملك عين او منفعة كما تقدم من تعريفها بذلك ، فلا بد من أن يكون الموصى له قابلاً للتمليك ، ليتحقق مقتضاها ، فلا تصح الوصية للميت ولا لما تحمله المرأة ، ولا لمن علم موته حين الوصية ، للعلّة المذكورة .

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٢ ح ١٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩٢٠ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٧٢ ح ٦٠٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ح ٢ .

قال في المسالك : وأما الوصية لمن سيوجد ، فقد أطلق الأصحاب وغيرهم المنع منه ، ولو بالتبعية للموجود ، مع أنه قد تقدم جواز الوقف على المعدم تبعاً للموجود ، ودائرة الوقف أضيق من دائرة الوصية ، كما يعلم من أحكامها ، ويمكن الفرق بينهما لافتراقهما في هذا الحكم بأن الغرض من الملك في الوقف ملك العين على وجه الحبس ، وإطلاق الثمرة ، والموقوف حقيقة هو العين ، وملكها حاصل للموقوف عليه الموجود ، ثم ينتقل منه إلى المعدم ، وإن كان يتلقى الملك من الواقف ، ففائدة الملك المقصودة منه متحققة فيهما ، بخلاف الوصية فإنه لو أوصى إلى موجود ، ثم إلى معدم بذلك الموصى به أولاً ، فإن مقتضى الوصية تمليك الموصى له ، فيكون الموصى به ملكاً لذلك الموجود يتصرف فيه كيف يشاء ، ولو يبيعه وإخراجه عن ملكه ، وهذا مما ينافي الوصية للمعدم بها ، لأن الوصية له يقتضى تمليكه أيضاً ، والحال أن العين الموصى بها قد صارت ملكاً للأول ، ويلزم أيضاً أنه بالوصية إلى المعدم من أول الأمر ينتقل العين الموصى بها إليه ، كما هو مقتضى الوصية ، مع أنه معدم في ذلك الوقت ولا يصلح للتملك .

نعم لو كانت الوصية بثمره بستان لزيد ولأولاده المتجددين من بعده وهذا موضع شبهة في المقام ، فإنه وإن لم يأت فيه ما تقدم من المحذور الأول ، إلا أن الثاني آت فيه ، لأنه بالوصية إلى زيد ولأولاده ينتقل الموصى به إلى كل منهما ، وكل منهما يوصى له بطريق الاستقلال لأن الثمرة التي تملكها الأول بالوصية غير الثمرة التي تملكها الآخر في زمانه ، ومقتضى الوصية التمليك ، فيلزم بمجرد الوصية تملك المعدم ، مع أنه غير قابل للتملك ، ولو بالتبعية ، بخلاف الوقف ، لأن الملك متحقق للموجود في الأصل ابتداءً ، ومنه ينتقل إلى المعدم بعد وجوده ، ويزيد ذلك تأييداً أو تعليلاً وتشبيهاً أن الوصية كما عرفت من المملكات موجبة لنقل الملك من الموصى إلى الموصى له ، فلا بد من الدليل الشرعي على صحة تملك الوصية ، ليرتب عليها الأثر المذكور ، والذي علم من الأدلة والأخبار الواردة في

باب الوصية هو تخصيص ذلك بالوصية الى الموجود ، والحكم بالصحة في الممدوم يتوقف على الدليل ، وليس فليس .

الثانية : الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب (رضي الله عنهم) في صحة الوصية للوارث والأجنبي وغير الوارث من الأقارب ، والخلاف هنا إنما هو من الجمهور ، فإن أكثرهم على عدم جوازها للوارث ، ورووا في ذلك عنه (١) (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه « قال : لا وصية لوارث » ويدل على ما ذكره الأصحاب الآية ، وهي قوله عز وجل (٢) « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » ومن الظاهر أن الوالدين يكونان وارثين البتة ، فهي صريحة في جواز الوصية للوارث ، والأقارب قد يكونوا وارثين أيضاً فتدل الآية أيضاً على ذلك باطلاقها ، فالمراد بقوله في الآية « كتب » ليس للوجوب ، بل المراد التأكيد والبحث على ذلك .

وقد اضطرب كلام العامة في المقتضى عن الآية والجواب عنها ، فقيل : بأنها منسوخة بآية الموارث وقد رواه العياشي في تفسيره عن ابن مسكان (٣) عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » قال : هي منسوخة بنسختها آية الفرائض التي هي الموارث وجملة من أصحابنا حملوا هذه الرواية على التقية ، لما عرفت من أن المنع مذهب العامة .

ويحتمل قريباً حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب ، فإن ظاهر الآية الوجوب وأنه قد نسخ بآية الموارث ، فلا ينافي الجواز بل الاستحباب .

ومنهم من حمل الوالدين على الكافرين ، وباقي الأقارب على غير الوارث

(١) الجامع الصغير ج ٢ ص ٢٠٤ الطبعة الرابعة - دار الكتب العلمية .

(٢) سورة البقرة - الآية ١٨٠ .

(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ٧٧ ح ١٦٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦

منهم جمعاً ، ومنهم من جعلها منسوخة فيما يتعلق بالوالدين خاصة .

قال في المسالك : وببطل الأول بأن الشيء انما ينسخ غيره اذا لم يمكن الجمع بينهما ، وهو هنا ممكن بحمل الارث على ما زاد عن الثلث ، كغيرها من الوصايا ، وبه يبطل الباقي ، قال : والخبر على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفي وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض ، أو على نفي الوصية مطلقاً ، بمعنى امضاءها ، وان زادت عن الثلث ، كما يقتضيه اطلاق الآية ، والمراد نفي الوصية عما زاد عن الثلث .

ثم ان مما يدل على الوصية للوارث الأخبار المتكاثرة ، ومنها ما رواه في الكافي عن أبي بصير (١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصية للوارث ، فقال : تجوز .

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن أبي ولاد الحنات (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الميث يوصى للوارث بشيء ؟ قال : نعم ، أو قال جائز له . وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم (٣) في الصحيح « عن أبي جعفر عليه السلام قال : الوصية للوارث لأبأس بها .

وعن محمد بن مسلم (٤) في الموثق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصية للوارث ؟ قال : تجوز .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم (٥) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألت عن الوصية للوارث ؟ فقال : تجوز ، قال : ثم تلا هذه الآية « ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » .

وفي هذا الخبر ما يؤذن بحمل خبر العياشي على المعنى الثاني ، وهو أن

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الكافي ج ٧ ص ٩ ح ١ و ٢ و ٣ و ص ١٠ ح ٤ و ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٩ ح ٧٩١ و ٧٩٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٣ . وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٤ ح ٣ و ص ٣٧٣ ح ١ و ص ٣٧٤ ح ٤ و ٥ و ص ٣٧٣ ح ٢ .

المراد نسخ الوجوب ، فان الامام عليه السلام قد استدل بها على جواز الوصية للوارث، ومادان إلا باعتبار حمل قوله « كتب » على تأكيد الاستحباب .

وأما ما رواه الشيخ عن القاسم بن سليمان (١) « قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اعترف لوarith بدين في مرضه ، فقال : لا تجوز وصية لوarith ولا اعتراف » فقد أجاب عنه الشيخ في التهذيبين بالحمل على التقية ، قال لموافقته مذاهب العامة ومخالفته للقرآن ، وحمله في الفقيه على أكثر من الثلث .

الثالثة : اختلف الأصحاب في جواز الوصية للذمي على أقوال : ف قيل :
بالصحة مطلقاً رحماً كان أو غيره ، وهو قول ابن ادريس ومن تبعه ، ومنهم المحقق والعلامة .

وقيل : بالعدم مطلقاً وهو القاضي ابن البراج ، وقيل : تصح اذا كان رحماً ، ولا تصح ان كان أجنبياً ، نقله الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا .
ويدل على الأول قوله عز وجل (٢) « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين . . . الى قوله أن تبروهم » والوصية بر .

ومن الأخبار ما رواه المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن محمد بن مسلم (٣) في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال : أعطه لمن أوصى بدله ، وان كان يهودياً أو نصرانياً ، أن الله تبارك وتعالى يقول (٤) : فمن بدله بعد ما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه » .

وما رواه في الكافي والتهذيب بسند صحيح غير الأول عن محمد بن مسلم (٥)

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٥ ح ١٢ .

(٢) سورة الممتحنة - الآية ٨ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨٠٨ ، الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ١ ، الفقيه

ج ٤ ص ٤٨ ح ٥١٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١١ الباب ٣٢ .

(٤) سورة البقرة - الآية ١٨١ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٤ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٤١١ الباب ٣٢ ذيل الرواية الاولى .

عن أحدهما عليه السلام مثله بأدنى تفاوت .

وما رواه المشايخ الثلاثة أيضاً عن يونس بن يعقوب (١) « أن رجلاً كان بهمدان ذكر أن أباه مات ، وكان لا يعرف هذا الأمر ، فأوصى بوصية عند الموت وأوصى أن يعطى شيء في سبيل الله فسئل عنه أبو عبد الله عليه السلام كيف يفعل به ؟ فأخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر ، فقال : لو أن رجلاً أوصى الي أضع في يهودي أو نصراني لوضعته فيهما ، أن الله عز وجل يقول « فمن بدله بعدما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه » فانظروا الى من يخرج الى هذا الوجه يعنى « بعض الثغور » فابعثوا به اليه . »

واستدل للثاني - بان الوصية تستلزم المودة ، وهي محرمة بالنسبة الى الكافر ، بقوله تعالى (٢) « لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو غريمهم . »

ورده في المسالك فقال : ويضعف بمعارضته بقوله تعالى (٣) « لا ينهاكم الله » الآية والذمي مطلقاً داخل فيها ، وبما تقدم من الأخبار ، وبقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (٤) « على كل كبد حراء أجراً » ، وينتقض بجواز هبته واطعامه ويمنع كون مطلق الوصية له مودة ، لأن الظاهر أن المراد منها مودة المحاد لله من حيث هو محاد لله بقرينة ما ذكر من جواز صلته ، وهو عين المتنازع ، لأننا لانسلم أنه لو أوصى للكافر من حيث انه كافر لا من حيث أنه عبد لله وذو روح من أولاد آدم المكرمين لكانت الوصية باطلة ثم انه اختار القول بالصحة مطلقاً

(١) الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٤ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٤١٤ ح ٤ .

(٢) سورة المجادلة - الآية ٢٢ .

(٣) سورة المتحنة - الآية ٨ .

(٤) الكافي ج ٤ ص ٥٧ ح ٢ وفيه « أفضل الصدقة ابراد كبد حري » وفي هامش

الجامع الصغير ج ٢ ص ٦٨ عن صحيح الترمذي لك بكل ذات كبد حراء أجر

الوسائل ج ٦ ص ٣٣٠ الباب ٤٩ .

للآية المتقدمة ، والأخبار المذكورة معها .

أقول : لقائل أن يقول : ان الأخبار المذكورة لا دلالة فيها على أن يرد من وجوب تنفيذ الوصية كما أوصى به الموصي ، وهو لا يستلزم جواز ذلك ، بل من الممكن أن يكون مافعله محرماً يأنم عليه وان وجب تنفيذه على الوصي ، واليه تشير الأخبار المذكورة ، فان الظاهر من الأخبار أن معنى سبيل الله هو جميع وجوه البر كما تقدم بيانه ، وان تفسيره بالجهاد إنما هو مذهب العامة ، ولهذا انه عليه السلام في خبر يونس بن يعقوب أمر بصرفه في ذلك لكون الموصي مخالفاً .

وبالجملة فان النهي عن موادة الذمّي وصلته التي من جعلتها الوصية له لا ينافي وجوب تنفيذها بالآية المذكورة ، ألا ترى أن البيع بعد النداء يوم الجمعة محرم يأنم فاعله مع أنه صحيح لو وقع ، ومرجع ذلك الى أن الآية قد دلت على أنه يجب تنفيذ ما أوصى به حسبما أوصى به ، سواء كان مافعل من الوصية جائزاً أو محرماً ، وائم تحريمه إنما يتعلق به ، لا بالموصي ، نعم تبقى المعارضة بين الآيتين المذكورتين ، والجمع بينهما مشكل ، وقد مر في كتاب الوقف مزيد كلامه في ذلك : وأما استناده فيما ذكره الى الخبر النبوي المذكور ، والى أنه تجوز هبته واطعامه فهو ناش من الغفلة عن مراجعة النصوص الواردة في هذا الباب ، وذلك فانه قد روى ثقة الاسلام في الكافي النهي عن اطعام الكافر ، عن أبي يحيى (١) عن بعض أصحابنا « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من أشبع مؤمناً وجبت له الجنة ، ومن أشبع كافراً كان حقاً على الله أن يملأ جوفه من الزقوم ، مؤمناً كان أو كافراً » .

وروى الصدوق قدس سره في كتاب معاني الاخبار بسنده فيه عن النهيكي (٢) رفعه الى أبي عبدالله عليه السلام أنه قال من مثل مثلاً او اقتنى كلباً فقد خرج من الاسلام فقلت له : هلك اذاً كثير من الناس ، فقال : إنما عينت بقولي « من مثل

(١) اصول الكافي ج ٢ ص ٢٠٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٦ ص ٥٢٣ ح ١ .

(٢) معاني الاخبار ص ١٨١ ، الوسائل ج ١٦ ص ٥٢٣ ح ٢ .

مثلاً، من نصب ديناً غير دين الله ودعى الناس إليه ، وبقولي « من اقتنى كلباً مبخضاً لأهل البيت اقتناه فأطعمه وسقاه من فعل ذلك فقد خرج عن الاسلام » .
وعن معلّى بن الحسين (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « قال : من أشبع عدواً لنا فقد قتل ولياً لنا » .

وفي وصيته (صلى الله عليه وآله وسلم) لأبى ذر المنقولة في كتاب مجالس الشيخ (٢) : « يا أباذر لا يأكل طعامك إلا تقي . . . الى أن قال : أطعم طعامك من يحب في الله ، وكل طعام من يحبك في الله » .

وروى في التهذيب عن عمر بن يزيد (٣) « قال سألته عن الصدقة على النصاب وعلى الزيدية ، فقال : لا تصدق عليهم بشيء ولا تسقمهم من الماء ان استطعت ، وقال : الزيدية هم النصاب » .

وعن ابن أبي يعفور (٤) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك ما تقول في الزكاة ؟ الى أن قلت : فيعطى السؤل من مالها شيئاً ؟ قال : فقال : لا والله إلا أن ترحمه فان رحمته فاعطه كسرة ثم أو مى بيده فوضع ابهامه على أصول أصابعه » .

وفي رواية أبي بصير (٥) « عن الصادق عليه السلام قال : أبو عبد الله عليه السلام أتروا أنما في المال الزكاة وحدها ، ما فرض الله في المال من غير الزكاة أكثر ، تعطى منه القرابة والمعتز لك ممن يسألك فتعطيه ما لم تعرفه بالنصب ، فإذا عرفته بالنصب فلا تعطه إلا أن تخاف لسانه فتشترى دينك وعرضك منه » .

الى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الدلالة على ذلك ، وهي مؤيدة لما دلت

(١) معاني الأخبار ص ٣٤٥ .

(٢) امالى الشيخ الطوسي ج ٢ ص ١٤٨ ط النجف الاشرف .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٤ ص ٥٣ ح ١٤١ و ١٤٢ .

(٥) الكافي ج ٣ ص ٥٥١ ح ٢ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٦ ص ٥٢٤ ح ٣ و ٤ و ج ٦ ص ٢٨٨ ح ٢

و ص ١٥٣ ح ٦ و ص ١٧٠ ح ١ .

عليه الآية المذكورة أعنى قوله تعالى (١) « لا تجد قوماً ، الآية ويعضده هذه الآية أيضاً قوله عز وجل (٢) « يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة وقد كفروا بما جئكم من الحق ، الى أن قال « ومن يفعله منكم فقد ضل سواء السبيل ان يثقفوكم يكونوا لكم أعداء ويبسطوا اليكم أيديهم والسنتهم بالسوء وودوا لو تكفرون . »

وأنت خبير بما فيها من التسجيل على النهي عن الموادة لهم على أبلغ وجه وأكده ، ولاريب أن الوصية لهم نوع محبة كما لا يخفى ، وبما ذكرناه من الاعتضاد بهذه الآية والأخبار المذكورة يظهر ترجيح العمل بآية « لا تجد قوماً ، على الآية الأخرى وهي (٣) « لا ينهاكم الله ، الآية .

ومن المحتمل قريباً تخصيص هذه الآية بمعنى لا ينافي مادكت عليه تلك الآيات والأخبار ، كما ذكره الطبرسي في كتاب مجمع البيان ، قال : أي ليس ينهاكم الله عن مخالطة أهل العهد الذين عاهدوكم على ترك القتال ، وبرهم ومعاملتهم بالعدل ، وهو قوله (٤) « ان تبروهم وتقسطوا إليهم » أي وتعزلوا فيما بينكم وبينهم من الوفاء بالعهد ، نقل ذلك عن الزجاج ، واذا قام هذا الاحتمال فلا دلالة في الآية على المخالفة ، ثم نقل قولاً بأنها منسوخة بآية (د) « اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » عن ابن عباس والحسن وقتادة وعلى هذا فلا اشكال أيضاً إلا أن ظاهر كلامه الأخير يؤذن بالمخالفة ، وقد تقدم نقله في كتاب الوقف .

والمراد بالناسب في هذه الأخبار هو المخالف الغير المستضعف ، ولا الجاهل بالامامة لا مائتوهم متأخرو أصحابنا من المعلن بعداوة أهل البيت عليهم السلام كما

(١) سورة المجادلة - الآية ٢٢ .

(٢) سورة الممتحنة - الآية ١ .

(٣) و (٤) سورة الممتحنة - الآية ٨ .

(٥) سورة التوبة - الآية ٥ .

تقدم تحقيقه في غير مقام ، ولا سيما في كتب العبادات .

وبذلك يظهر لك ما في قوله « انا لانسلم أنه لو أوصى للكافر من حيث انه كافر لكانت الوصية باطلة » ، فان فيه ما عرفت من أنه لامنافات بين انفاذ الوصية بعد وقوعها ، وعدم جواز الوصية له ، ومحل البحث إنما هو جواز الوصية ، وقد دلت الأخبار التي سردناها على عدم جواز صلة الكافر ، والوصية من جملة ذلك ، فلا يجوز حينئذ ، ولكن بعد وقوعها وإن أئتم الموصى بذلك لا تجوز مخالفته لمقتضى الأخبار المذكورة المعتمدة بالآية الدالة على النهي عن التبديل والمخالفة لما أوصى به .

واستدل للقول الثالث بما ورد من البحث على صلة الرحم مطلقا ، فيتناول الذمي ، ورد بأن ذلك غير مناف لما دل على صلة غيره .

أقول : هذا الجواب إنما يتم لو دل الدليل على صلة غيره ممن هو محل البحث ، وأما على ما ذكرناه من عدم جواز ذلك كما عرفت ، فالقول المذكور وما عُلِّلَ به جيد لأبأس به ، إلا أنه يمكن أن يقال : انه قد تعارض هنا عمومان : أحدهما - ما دل على صلة الرحم متديناً كان أو غيره ، وثانيهما - ما دل على المنع من صلة الكافر مطلقا رحماً كان أو غيره ، كما عرفت من الأخبار التي ذكرناها ، وتخصيص أحد العمومين بالآخر يحتاج الى دليل ، ومن ذلك يظهر أن الأظهر هو القول بالمنع مطلقا ، ويؤيده أنه الأحوط من هذه الأقوال ، والاحتياط أحد المرجحات الشرعية في مقام التعارض بين الأدلة ، هذا بالنسبة الى الذمي .

وأما الحربي والمراد به ما هو أعم من الوثني أو الذمي الذي لا يقوم بشرائط الذمة ، والظاهر أن المشهور بينهم هو عدم صحة الوصية له ، واستدل عليه بقوله تعالى (١) «انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين» الآية ، والحربي ناصب نفسه لذلك .

قال في المسالك : وفيه نظر ، لأن الحربي قد لا يكون مقاتلاً بالفعل بل ممتنعاً من التزام شرائط الذمة ، فلا يدخل في الآية ، وقوله **إِنَّمَا فِي الْخَبَرِ** السابق « اعطه لمن أوصى له ، وإن كان يهودياً أو نصرانياً » ، واستشهاده بالآية يتناول بعمومه الحربي ، لأن « من » عامة في المتنازع وكذلك اليهودي والنصراني شامل للذمي وغيره ، حيث لا يلتزم بشرائط الذمة ، انتهى .

أقول : من المحتمل قريباً - بل الظاهر أنه هو المراد - أن المراد بالقتال في الدين إنما هو بعد طلبهم إلى الدخول في الدين ، أو القيام بالجزية إن كانوا من أهل الكتاب ، بمعنى أنكم إذا طلبتموهم إلى ذلك قاتلوكم ، ولم يجيبوا دعوتكم ، ونصبوا لكم القتال ، لأن المراد أنهم يبتدؤكم بالقتال ، وينصبون لكم الحرب ، وإن لم تدعوهم إلى الإسلام ، إذن الظاهر أن أهل مكة الذين هم مورد الآية وغيرهم إنما قاتلوا رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) بعد الدعوة إلى الإسلام ، وطلبهم إلى الدخول فيه ، وإلا فلو كف عنهم لكفوا عنه ولم يقاتلوه بالكلية .

وأما الاستناد إلى ما ذكره من قوله **إِنَّمَا فِي الْخَبَرِ** السابق « اعطه لمن أوصى له وإن كان يهودياً » ، فإن فيه ما قدمنا تحقيقه من أنه لا يلزم من وجوب التنفيذ صحة الوصية ، بل يجب على الوصي انفاذ ما أوصى به وإن كان أصل الوصية منهيّاً عنه ، جمعاً بين الآيات والأخبار الدالة على النهي عن صلة الكافر وموادته ، والوصية من قبيل ذلك ، وبين الأخبار المشار إليها الدالة صريحاً على وجوب تنفيذ ما أوصى به ، وليس فيما ذكرناه من هذا القول ما يقطع به عليه ، إلا كونه خلاف المشهور بينهم ، وإلا فالقواعد الشرعية لا تنافيها بل تعضدها ، كما تقدمت الإشارة إليه .

ثم إن ما استدل به على عدم صحة الوصية للحربي وكذا الوقف عليه أن مال الحربي فيء للمسلمين ، فلا يجب دفعه إليه لأنه غير مالك ، فلو جازت

الوصية له لكان إما أن يجب على الوصي دفعه اليه وهو باطل لما تقدم ، أو لا يجب وهو المطلوب ، إذ لا معنى لبطلان الوصية إلا عدم وجوب تسليمها الى الموصى له .
واعترضه في المسالك بأن فيه منع استلزام عدم وجوب دفع الوصية اليه بطلانها ، لأن معنى صحتها ثبوت الملك له اذا قبله فيصير حينئذ ملكاً من أملاكه يلزمه حكمه ، ومن حكمه جواز أخذ المسلم له ، فاذا حكمنا بصحة وصيته ، وقبضه الوصي ثم استولى عليه من جهة أنه مال الحربي ، لم يكن منافياً لصحة الوصية ، وكذا لو منعه الوارث لذلك ، وان اعترفوا بصحة الوصية .

وتظهر الفائدة في جواز استيلاء الوصي على العين الموصى بها الحربي ، فيختص بها دون الورثة ، وكذا لو استولى عليها بعض الورثة دون بعض ، حيث لم يكن في أيديهم ابتداء ، ولو حكمنا بالبطلان لم يأت هذا ، بل يكون الموصى به من جملة التركة ، لا يختص بأحد من الورثة .

أقول : يمكن أن يقال : أن مراد المستدل المذكور هو أنه لما أباح الشارع ماله وجعله فيئاً للمسلمين ، دل ذلك على كونه غير أهل للملك ، بمعنى أنه لا يدخل شيء في ملكه ، بأي نحو كان ، وأن هذا المال الذي كان عنده انما هو بمنزلة الأشياء المباحة للناس ، كل من سبق اليه وحازه ملكه دون غيره ، وكونه في يده قبل الاستيلاء عليه بالقهر والغلبة من المسلمين ، لا يدل على الملك ، وعلى هذا فلا يجوز ادخال شيء في ملكه بوصية أو غيرها ، حتى أنه بعد الدخول في ملكه يصير فيئاً للمسلمين ، كما ذكره (قدس سره) بل تصير الوصية اليه باطلة ، ويكون الموصى به من جملة التركة كما ذكره أخيراً ، وهو احتمال قريب وجيه لا بد لفيه من دليل .

الرابعة : قالوا : لا تصح الوصية لمملوك الأجنبي ولا لمديره ، ولا لأم ولده ، ولا لمكاتبه المشروطة ، أو الذي لم يؤد من مكاتبته شيئاً ، وإن أجاز مولاه .
أقول : أما عدم جواز الوصية لمملوك الغير فنأ كان أو مديراً أو أم ولد ،

فاستدلوا عليه بانتفاء أهلية الملك بالنسبة الى هؤلاء ، وهو شرط في صحة الوصية . وفيه أن هذا إنما يتم على القول بأن المملوك لا يملك شيئاً مطلقاً ، كما هو أحد الأقوال في المسئلة ، وأما على القول بأنه يملك وإن كان في التصرف محجوراً إلا باذن المولى ، فإنه لا مانع من صحة الوصية له ، فيعتبر قبوله كغيره ، وربما استدل على عدم الصحة برواية عبد الرحمن بن الحجاج (١) عن أحدهما عليهما السلام : « قال : لا وصية للمملوك » .

وفيه أن الخبر كما يحتمل نفي الوصية من الغير له ، كذلك يحتمل نفي أن يوصى المملوك لغيره ، لاحتمال أن يكون الاضافة هنا الى الفاعل ، أو المفعول . وأما بالنسبة الى مكاتب الغير اذا كان مشروطاً أو مطلقاً ولم يؤد شيئاً بالكلية ، فالمشهور أن الحكم فيه كما في سابقه ، لبقاء المملوكية .

وقيل : بصحة الوصية للمكاتب مطلقاً ، لانقطاع سلطنة المولى عنه ، ولهذا يصح بيعه واكتسابه ، وقبول الوصية نوع من الاكتساب .

أقول : والذي وقفت عليه من الروايات المتعلقة بالمكاتب مارواه المشايخ الثلاثة (قدس الله ارواحهم) في الصحيح عن محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب كذا في كتابي الكافي والتهذيب وفي الفقيه « عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة ، فأوصت له عند موتها بوصية فقال : أهل الميراث لا يجيز وصيتها له ، انه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى أنه يرث بحساب ما اعتق منه ، ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية ، وقال في رجل حر أوصى لمكاتبه ، وقد قضت سدين ما كان عليها وأجاز بحساب ما اعتق منها » .

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٦ ح ٨٥٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣ ح ٨٧٤ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٦٠ ح ٥٥٨ .

وهما في الرسائل ج ١٣ ٤٦٦ ح ٢ و ص ٤٦٨ الباب ٨٠ .

وشيخنا في المسالك بناءً على ما حصل له من الوهم في محمد بن قيس في أمثال هذا السند من كونه مشتركاً ، والحديث به ضعيف ، رد هذه الرواية بذلك ، بعد أن أوردها دليلاً للقول الأول ، واختار القول الثاني وجعله الأقوى ، وهو ضعيف ، فإن محمد بن قيس في هذا السند وأمثاله هو الثقة ، كما قطع به جملة من تأخر عنه ، ومنهم سبطه السيد السند في شرح النافع ، فتكون الرواية صحيحة بحسب العمل بمقتضى هذا الاصطلاح ، هذا مع تأييدها بجملة من الأخبار الدالة على أن المكاتب إذا أوصى وصيته بقدر ما أعتق منه خاصة ، ومقتضى كلامه المتقدم صحة وصيته مطلقاً ، لانقطاع سلطنة المولى عنه إلى آخر ما ذكره ، مع أن الأخبار قد قصرت الصحة على قدر ما أعتق منه .

ومنها صحيحة محمد بن قيس (١) « عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق عنه ، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصية فأجاز نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه ، وأوصى بوصية فأجاز ثلث الوصية » .

وصحيحة أبان (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : في مكاتب أوصى بوصية ، قد قضى الذي كوتب عليه الأشياء يسيراً فقال : تجوز بحساب ما أعتق منه » .

ورواية محمد بن قيس (٣) « عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن تجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه » . وبذلك يظهر لك مزيد ضعف القول المذكور .

تنبيهان :

الاول : قال في المختلف : المشهور أنه لا تصح الوصية لعبد الغير وللمكاتبه المشروط وغير المؤدي ، وقال الشيخ في المبسوط وتبعه ابن البراج : إذا أوصى

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣ ح ٨٧٦ و ٨٧٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٨ ح ١ و ص ٤٦٩ الباب ٨١ ح ٢ و ص ٤٦٨ الباب ٨١ ح ١ .
(٣) هذه الرواية تكرار منه (قدس سره) .

لعبد نفسه أو لعبد ورثته كان ذلك صحيحاً ، لأن الوصية للوارث عندنا تصح ، وكذا ان أوصى لمكاتبه أو لمكاتب ورثته كانت الوصية صحيحة ، ولو أوصى لعبد الأجنبي لم تصح الوصية ، لما ورد في الخبر في ذلك ، وفي كلامه نظر ، فان الوصية للعبد ان كانت وصية لمولاه صحت ، وان كان العبد لأجنبي ، لأنه تصح الوصية له وان لم يكن لم يبق فرق بين الوارث والأجنبي ، وبالجمله فهذا التفصيل مشكل ، انتهى .

الثاني : قال في المختلف : قال الشيخ المفيد (رحمة الله عليه) اذا أوصى لعبد له كاتبه جاز مما أوصى له بحساب ما أعتق عنه ، ويرجع الباقي الى مال الورثة ، وكذا قال سلال ، وقال ابن البراج : يصح أن يوصى لمكاتبه ، وهو المشهور ، فان قصد المفيد برجوع الباقي الى الورثة من غير أن يسقط من مال الكتابة بقدره بل يكون لهم مجاناً ، لزم ابطال الوصية للمكاتب ، سواء كان الموصى المالك أو غيره ، وهو مخالف لظاهر فتوى الأصحاب ، وان قصد رجوعه اليهم واسقاط ما يقابله من مال الكتابة ، فهو حسن ، على أن ابطال الوصية للمكاتب الغير المشروط لا يخلو عندي من نظر ، انتهى .

أقول : ما نقله عن الشيخ المفيد (قدس الله روحه) هو القول الأول الذي دلت عليه صحيحة محمد بن قيس المتقدمة ، وهي الأولى من رواياته ، وما نقله عن ابن البراج هو القول الثاني ، وظاهره أنه المشهور بينهم ؛ وقد عرفت اختيار صاحب المسالك له ، وعرفت ما فيه .

وأما ما أورده على الشيخ المفيد من أن حكمه برجوع الباقي من الوصية على الورثة مجاناً يعنى من غير احتساب ذلك من مال الكتابة الذي يستحقونه يلزم منه ابطال الوصية .

ففيه أنه يجب أولاً تحقيق البحث في المسئلة كما قدمنا ذكره من أنه هل الوصية للمكاتب مطلقاً صحيحة ، أم لا ؟ بل تكون مراعاة بأنه في المطلق ان لم

ينعتق منه شيء فهي غير صحيحة ، وان اعتق منه شيء فيصح بنسبة ما نعتق منه ، وأنت قد عرفت أنه لا دليل للقول بالصحة مطلقا ، إلا ما ذكره في المسالك من ذلك التعليل الاعتباري العليل ، وأن القول الثاني هو مدلول الصحيحة المتقدمة كما عرفت المعتضدة بما ذكرناه من الأخبار الآخر ، وما ذكره من لزوم إبطال الوصية لاضير فيه اذا اقتضته الأدلة الشرعية ، على أن الإبطال بالكليّة انما يتجه لو لم ينعتق منه شيء بالكليّة ، وإلا فانه يكون العتق بالنسبة .

وبالجملة فقول الشيخ المفيد هو الموافق للأخبار كما عرفت ، وما ذكره من أن كلام الشيخ المذكور مخالف لفتوى الأصحاب فلاضير فيه اذا اعتضده الأدلة الشرعية ، خلا ما ذكره الأصحاب كما عرفت في الباب .

الخامسة : اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في صحة وصية الانسان لمملوكه فقال الشيخ المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية : اذا أوصى الانسان لعبده بثلث ماله ينظر في قيمة العبد قيمة عادلة ، وان كانت قيمته أقل من الثلث أعتق وأعطى الباقي ، وان كانت مثله أعتق وليس له شيء ، ولا عليه شيء ، وان كانت القيمة أكثر من الثلث بقدر السدس أو الربع أو الثلث أعتق بمقدار ذلك ، واستسعى في الباقي لورثته ، وان كانت قيمته على الضعف من ثلثه ، كانت الوصية باطلة ، وتبعهما ابن البراج في كتابي الكامل والمهذب .

وقال الشيخ في الخلاف اذا أوصى لعبده نفسه صحت الوصية ، وقوّم العبد وأعتق اذا كان ثمنه أقل من الثلث ، وان كان ثمنه أكثر من الثلث استسعى العبد فيما يفضل للورثة ، وأطلق ، وكذا قال أبو الصلاح .

وقال سلاّر : ان كانت أقل من الثلث عتق وأعطى ما فضل ، وان كانت أكثر بمقدار الربع والثلث من الثلث عتق بمقدار الثلث ، واستسعى في الباقي .

وقال الشيخ علي بن الحسين بن بابويه : اذا أوصى لمملوكه بثلث ماله ، قوّم المملوك قيمة عادلة ، فان كانت أكثر من الثلث استسعى في الفضل ثم أعتق ، وان كانت قيمته أقل من الثلث أعطى ما فضلت قيمته عليه ، ثم أعتق .

وقال ابن الجنيدي : لو أوصى للمملوك بثلث ماله ، فقد روي (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : فان كانت الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ، ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة » .

ويخرج الثلث من جميع التركة ، ولو كانت الوصية للمملوك بمال مسمى لم يكن لعتاقه يجوز اخراج ذلك من غير رقبته ، ولو كانت جزءاً من التركة كعشر أو نحوه كان العبد بما يملكه من ذلك الجزء من رقبته متحرراً ، أو باقية كما قلنا ، واختار ابن ادريس مذهب الشيخ في الخلاف .

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والمعتمد أن نقول ان كانت الوصية بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع قوم العبد وأعتق عن الوصية ، فان فضل من قيمته شيء استسعى في الفاضل للورثة ، سواء كان الفاضل ضعف قيمته أو أقل أو أزيد ، وان قضى عتق وأخذ الفاضل ، فان ساواه عتق ، ولا شيء له ولا عليه ، وان كانت الوصية بعين بطلت ولا شيء له ، ولا يعتق منه شيء .

وقال المحقق في الشرايع : ويعتبر ما أوصى به المملوك بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق ، وان كان قيمته أقل أعطى الفاضل ، وان كانت أكثر سعى للورثة فيما بقي ما لم يبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به ، فان بلغت ذلك بطلت الوصية ، وقيل : تصح ويسعى في الباقي كيف كان وهو حسن ، انتهى .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه المسئلة ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحسن بن صالح الثوري (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله ، قال : فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ، ثم ينظر ما يبلغ ثلث المثل ، فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع اليه

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢١٦ ح ٨٥١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٧ ح ٢٠

مافضل من الثلث بعد القيمة .

وما ذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) حيث قال : « وان أوصى لمملوكه بثلث ماله قوّم المملوك قيمة عادلة ، فان كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى في الفضلة ثم أعتق » وهذه عين عبارة الشيخ علي بن بابويه المتقدمة ، إلا أنه عليه السلام لم يذكر ما اذا كانت قيمته أقل ، ولعل هذه الزيادة كانت في نسخة الكتاب الذي عند الشيخ المزبور ، ويحتمل أنها من كلامه (رحمه الله) تميمياً لمعنى الكلام .

وكيف كان فينبغي أن يعلم أن الكلام هنا في مقامين : الأول - أن مقتضى الروايتين - وهو صريح العلامة في المختلف وابن الجنيد ، وظاهر الشيخين فيما تقدم نقله عنهما ، وكذا الشيخ علي بن بابويه - هو الفرق بين ما اذا كانت الوصية بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع ، فان الحكم فيه ما ذكر من التفصيل ، وبينما اذا كانت الوصية بعين ، فانه تبطل الوصية من رأس ، لأن المملوك لا يملك ، وعلى تقدير ملكه فانه لا يجوز التخطي الى غير ما أوصى به ، لأنه يكون تبديلاً للوصية فالتخطي الى رقبته تبديل للوصية حينئذ ، فلا يجزى فيه الحكم المذكور في الخبرين .

وحكم الوصية بالمعيتن وان كان غير مذكور في كلام المشايخ الثلاثة المذكورين ، إلا أن تخصيصهم هذا التفصيل بالوصية بالمشاع ، ظاهر في أنه لا يجزى في المعيتن ، وليس بعده إلا البطلان ، وظاهر كلام الأكثر كالشيخ في الخلاف وابن اديس والمحقق فيما نقلناه عنه وغيرهم هو العموم ، ولهم في تحليل ذلك كلمات عليّة ، والظاهر هو القول الأول عملاً بالخبرين المذكورين .

وانما يبقى الكلام في صحة الوصية له بالمعيتن وعدمها ، وهو مبني على صحة تملك العبد وعدمه ، وإلا فالتخطي الى الرقبة على تقدير الصحة مشكل

لما عرفت ، ونحن انما صرنا الى التخطي الى الرقبة فيما اذا كانت الوصية بجزء مشترك ، للخبرين المتقدمين ، وبيان الوجه فيما دلا عليه ، ماذكره في المختلف وهو أن الجزء المشاع يتناول نفسه . أو بعضها ، لأنه من جملة الثلث الشايع ، والوصية له بنفسه صحيحة ، والفاضل قد استحقه بالوصية ، لأنه يصير جزءاً ، فيملك بالوصية ، فيصير كأنه قال أعتقوا عبدى من ثلثي ، وأعطوه ما فضل منه ، انتهى ، وهذا كله مفقود في صورة التعيين .

الثاني - أن المفهوم من كلام الشيخين المتقدم أنه في صورة ما اذا كانت قيمته أكثر من الثلث الموصى له بقدر ضعف ما أوصى به ، كما لو كانت قيمته مائتين الموصى له به يبلغ مائة . فانه تبطل الوصية في هذه الصورة ، وانما تصح فيما اذا كانت أقل من الضعف ولو يسيراً فيعتق منه بقدر الوصية ان خرجت من الثلث ، وإلا فيقدر الثلث ، ويستسعى للورثة في الباقي كما لو أوصى له بمائة وخمسين ، وقيمته مائتان ، فانه ينعتق منه بالوصية ثلاثة أرباعه ، ويسعى للورثة في ربع قيمته ، وهو خمسون .

وظاهر كلام المحقق وهو اختياره في المسالك أيضاً ، أنه لا فرق بين الأمرين بأن يكون قيمته بقدر ضعف ما أوصى له به أو أقل ، فانه ينعتق بحساب ما أوصى له به مطلقاً ، ما لم يزد عن الثلث ، فان زاد فبحساب الثلث ، وهذا هو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف ، وأبى الصلاح والشيخ عاي بن بابويه وابن ادریس ، ونقله الشهيد في نكت الارشاد عن المحقق في النكت ، قال : واستدل عليه الشيخ باجماع الفرقة .

قال في المسالك - بعد ايراد رواية حسن بن صالح المتقدمة دليلاً للشيخين فيما ذهب اليه - : ووجه دلالة الرواية من جهة مفهوم الشرط في قوله فيها « فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة » فان مفهومه أنه لو لم يكن أقل بقدر الربع لا يستسعى ، وانما يتحقق عدم

الاستسعاء مع البطلان ، ولا يخفى عليك ضعف هذا التنزيل ، فان مفهومهما أن الثلث ان لم يكن أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لا يستسعى في ربع القيمة ، لا أنه لا يستسعى مطلقا ، وهذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم ، فلا ينافي القول بأنه يستسعى بحسابه ، فان كان أقل بقدر الثلث يستسعى في الثلث أو بقدر النصف ، فيستسعى في النصف ، وهكذا وأيضاً فلو كان المفهوم الذي زعموه صحيحاً لزم منه أنه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصية ، وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف وأقل من ذلك الى أن يبلغ النقصان قدر الربع فمن أين خصصوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف ؟ ما هذا إلا عجيب عجيب من مثل هذين الشيخين الجليلين ، انتهى وهو جيد وجيه .

السادسة : اذا كان على الانسان دين وأوصى بعق مملوكه ، وليس له سواه أو أعتقه منجزاً فقد اختلف كلام الأصحاب (رضى الله عنهم) في ذلك فقال الشيخ المفيد (قدس سره) في كتاب المقنعة اذا كان على الانسان دين ، ولم يخلف إلا عبداً أو عبداً فأعتقهم عند الموت ، نظر في قيمة العبد أو العبيد وما عليه من الدين فان كان أكثر من قيمة العبد بطل العتق ، وبيع العبيد وتحاص الغرماء بشمنهم ، وكذا ان أستوت القيمة والدين ، فان كانت قيمة العبد أكثر من الدين السدس أو الثلث ونحو ذلك بيع العبد ، وبطل العتق ، وان كان قيمة العبد ضعف الدين ، كان للغرماء النصف منهم ، وللورثة الثلث ، وعتق منهم السدس ، لأن لصاحبهم الثلث من تركته يضع به ما يشاء ، فوصيته نافذة في ثلث ماله ، وهو السدس ، بهذا جاء الأثر من ال محمد ﷺ .

وقال الشيخ في النهاية : اذا أوصى لانسان بعق مملوك له ، وكان عليه دين فان كان قيمة العبد ضعف الدين استسعى العبد في خمسة أسداس قيمته ، ثلاثة أسهم للديان ، وسهمان للورثة ، وسهم له ، وان كانت قيمته أقل من ذلك بطلت الوصية وبذلك قال ابن البراج .

وقال ابن ادريس: الذي يقتضيه المذهب أنه لا وصية قبل قضاء الدين، بل الدين مقدم على الوصية، والتدبير عندنا وصية، فلا تمضي الوصية إلا بعد قضاء الدين، فان عمل عامل بهذه الرواية يلزمه أن يستسعى العبد، سواء كانت قيمته ضعفي الدين أو أقل من ذلك، لأنه متى كانت قيمته أكثر من الدين بأي شيء كان فان المليت الموصى قد استحق في الذي فضل عن الدين ثلثه، فتمضي وصيته في ذلك الثلث، ويعتق العبد، ويستسعى في دين الغرماء وما فضل عن ثلثه الباقي للورثة، ولي في ذلك نظر، فان أعتقه في الحال، وبعت عتقه قبل موته، مضى العتق وليس لأحد من الديان، ولا الورثة عليه سبيل، لأنه ليس بتدبير، وانما هو عطية منجزة في الحال، وعطايا المنجزة صحيحة، على الصحيح من المذهب، لا تحسب من الثلث بل من الأصل.

وقال العلامة في المختلف: والمعتمد أن تقول ان أحاط الدين بقيمة العبد بطل العتق، سواء كان قد نجزه من مرض موته أو أوصى به، وان قصر الدين عن قيمته عتق ثلث الفاضل، واستسعى في الباقي.

وقال المحقق في الشرايع: ولو أوصى بعق مملوكه وعليه دين، فان كانت قيمة العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك، وسعى في خمسة أسداس قيمته، وان كانت قيمته أقل بطلت الوصية بعتقه، والوجه أن الدين يقدم على الوصية فيبدأ به، ويعتق منه الثلث فيما فضل عن الدين، أما لو نجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكر أولاً، عملاً برواية عبدالرحمن عن أبي عبدالله عليه السلام.

أقول: والواجب أولاً نقل ما وصل الي من الأخبار في المسئلة المذكورة، ثم الكلام فيها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها، فمن ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن عبدالرحمن بن الحجاج (١) في الصحيح وقال: سألتني أبو عبدالله عليه السلام

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٦ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢١٧ ح ٨٥٤، الوسائل

هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغنى أنه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن يستعصمهم فسي قيمتهم ، فتدفعها الى الغرماء ، فانه قد أعتقهم عند موته ، وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم الى الغرماء ، فانه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير ، فلا يجيزون عتقه اذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده الى السماء فقال : سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت هذا القول ؟ والله ما قلته إلا طلب خلافي ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : فعن رأي أيهما صدر الرجل ؟ قال : قلت : بلغنى أنه أخذ برأي ابن أبي ليلى ، وكان له هوى فى ذلك ، فباعهم وقضى دينه ، قال : فمع أيهما من قبلكم ، قلت له : مع ابن شبرمة ، وقد رجع ابن أبي ليلى الى رأي ابن شبرمة بعد ذلك ، أما والله ان الحق لفي الذى قال ابن أبي ليلى ، وان كان قد رجع عنه ، قلت : هذا ينكسر عندهم في القياس فقال : هات قايسى فقلت : أنا أقايسك ؟ فقال : لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره ، وقيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت ، كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد ويأخذ الغرماء خمسمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائة درهم ، فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، فقلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ، قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ، فقال : ان العبد لا وصية له ، انما ماله لمواليه ، فقلت له : فاذا كان قيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه أربعمائة ، قال : كذلك يباع العبد ، فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائتين ، فلا يكون للعبد شيء ، قلت له : فان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم فضحك وقال : من ههنا أتى أصحابك فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً ،

ولم يعملوا السنة ، اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على الوصية ، وأجيزت وصيته على وجهها ، فالآن يوقف هذا ، فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ، ويكون له السدس .

ومارواه في الكافي عن زرارة (١) في الحسن أو الصحيح عن أحدهما عليه السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته ، وعليه دين ، قال : ان كان قيمته مثل الدين الذي عليه ومثله ، جاز عتقه ، وإلا لم يجز .

ورواه الشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن زرارة الحديث مقطوعاً ، ورواه في الفقيه عن ابن أبي عمير عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام مثله . وما رواه في التهذيب عن حفص بن البختري (٢) في الصحيح « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا ملك المملوك سدسه استسعى وأجيز .

قال في الوافي : لعل الحكم مختص بما اذا كان العتق عند الموت أو بعده وكان على مولاه دين كما يظهر من سائر أخبار الباب وإلا يلزم تقييد أخبار السراية الماضية كلها بذلك ، وهو مشكل ، انتهى .

وما رواه في التهذيب عن زرارة (٣) في الصحيح « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا ترك الدين عليه ومثله أعتق المملوك واستسعى .

ومارواه في الكافي عن الحسن بن الجهم (٤) في الموثق « قال : سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول : في رجل أعتق مملوكاً له وقد حضره الموت ، وأشهد له بذلك وقيّمته ستمائة درهم ، وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره ، قال :

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٨٥٦ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٦٦ ح ٥٨٠ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٨ و ٦٨٩ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٧ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٨٥٥ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٥ ح ٦ و ص ٤٢٢ ح ١ و ح ٢

و ص ٤٢٣ ح ٤ .

يعتق منه سدسه ، لأنه إنما له منه ثلاثمائة درهم ، ويقضى منه ثلاثمائة درهم فله من الثلاثمائة درهم ثلثها وله السدس من الجميع ، ورواه الشيخ في التهذيب مثله ، « إلا أن الذي فيه » لأنه إنما له منه ثلاثمائة وله السدس من الجميع ، وما بينهما لم يذكره .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن الحلبي (١) في الصحيح « عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : في الرجل يقول : إن مت فبعدي حر وعلى الرجل دين قال : إن توفي وعليه دين قد أحاط بثمان العبد ببيع العبد ، وإن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه ، وهو حر إذا وفاه » .

والشيخ في التهذيبين قيده بما إذا كان الدين أنقص من ثمن العبد بمقدار النصف جماً بينه وبين الأخبار المذكورة قبله .

أقول : وتحقيق الكلام في المقام هنا يقع في موضعين : الأول : لا يخفى أنه من القواعد المقررة بينهم كما تقدم ذكره أن الوصية المتبرع بها إنما تنفذ من ثلث المال ، وأن الدين يقدم أولاً ، ثم تعتبر الوصية من ثلث ما بقي بعد الدين ، وأن المنجزات المتبرع بها في مرض الموت بحكم الوصية في خروجها من الثلث عند الأكثر ، ولا ريب أن العتق من جملة التبرعات .

وعلى هذا فإذا أوصى بعتق مملوكه تبرعاً أو أعتقه منجزاً بناء على أن المنجزات من الثلث ، وكان عليه دين ، فإن كان الدين يحيط بالتركة بطل العتق والوصية به ، وهو مما لا خلاف فيه ، ولا اشكال نصاً وفتوى ، وإن فضل من التركة فضل بعد الدين وإن قل ، فمقتضى القواعد المذكورة صرف ثلث الفاضل في الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث ، ويسعى في باقي قيمته سواء كانت قيمته بقدر الدين مرتين أو أقل ، لأن العتق تبرع محض ، فيخرج من الثلث والمعتبر منه ثلث ما يبقى من المال بعد الدين على تقديره ، كغيره من التبرعات .

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٨٥٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٧٠ ح ٢٢ : الوسائل

وبهذا قال جماعة من الأصحاب ، بل أكثر المتأخرين كما ذكره في المسالك ، ومنهم العلامة في المختلف وابن ادريس على ما ذكره من التردد ، والمحقق بالنسبة الى الوصية والقول الثاني - وهو أنه انما يصح العتق اذا كانت قيمته ضعفي الدين ، وسعى في خمسة أسداس قيمته ، ثلاثة للديان وسهمان للورثة - للشيخ المفيد والشيخ في النهاية والقاضي استناداً الى ما قدمناه من الروايات الصحيحة الصريحة في ذلك ، والأصحاب لم يوردوا منها إلا صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج ، فمنهم من وقف عليها ، وخص الحكم بتنجز العتق ، كما هو مورد الرواية دون الوصية ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده .

ومنهم من رده ، واطرحها لمخالفتها للرواية الدالة على تلك القواعد ، قال : في المسالك بعد ذكر صحيحة عبدالرحمن : وروي عن زرارة في الحسن مثله ، إلا أن الرواية به مقطوعة ، فلذا لم يذكرها المصنف هنا ، واقتصر على رواية عبدالرحمن لصحتها .

أقول : عذره في ذلك واضح ، وهو أنه اقتصر على مراجعة التهذيب وهي في بعض مواضعه كما ذكره حسبما قدمنا ذكره ، وإلا فهي في الكافي بسنده الى الامام عليه السلام ونحوها الروايات الاخر ، وهي صريحة صحيحة ، ولكنهم لم يقفوا عليها ، وبذلك يظهر لك أن الأظهر هو الوقوف عليها ، والعمل بمقتضاها ، وبها تخصص أخبار تلك القواعد ان ثبتت .

نعم احتج القائلون بالقول الاول بصحيحة الحلبي المتقدمة ، ولهذا ان الشيخ تأولها بما قدمنا نقله عنه ، جمعاً بين الأخبار وهو جيد .

أقول : ويمكن أن يقال : ولعلّه الأقرب العارى عن وصمة القيل والقال أن ما ذكره من الاشكال والمخالفة في هذه الروايات لمقتضى القواعد المقررة مبني على أن المنجزات في حكم الوصية مخرجها الثلث ، وإلا فلو قلنا بأن مخرجها الأصل كما هو ظاهر كلام ابن ادريس المتقدم ، وهو الحق الظاهر من الأخبار

كما سيأتى تحقيقه ان شاء الله تعالى في المسئلة عند ذكرها ، فلا اشكال بحمد الملك المتعال ، وعلى تقديره فالظاهر أنه لا يقيد بكون القيمة ضعف الدين أو غيره وبالجمله فانه يندفع بذلك ما ذكره من الاشكال الذى أوردوه على هذه الروايات ، وان بقي فيها اشكال من وجه آخر على هذا القول .

وكيف كان فالعمل على ما دلت عليه والوقوف على موارد حسب ، هذا بالنسبة الى المنجزات .

وأما الوصية فلم يتعرضوا عليه السلام لها في شيء من النصوص المذكورة ، كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى ومما حققناه يظهر لك صحة ما أشرنا اليه في غير موضع مما تقدم أن الأظهر هو الوقوف في الأحكام على موارد الأخبار ، ولا يلتفت الى ما يدعون من القواعد في مقابلتها ، فان هذه القواعد غير معلومة ، وان دلت الأخبار على بعض أفرادها ومع ثبوت كونها قواعد فالتخصيص فيها ممكن ، لامنافاة فيه **الثانى** : أن مورد الروايات المتقدمة هو العتق المنجز ، وهو الذى صرح به الشيخ المفيد ومن تبعه ، والشيخ في النهاية ومن تبعه عدوا الحكم الى الوصية بالعتق .

قال في المسالك : ولعله نظر الى تساويهما في الحكم وأدوليته في غير المنصوص ، لان بطلان العتق المنجز على تقدير قصور القيمة عن ضعف الدين مع قوة المنجز لكونه تصرفاً من المالك في ماله ، والخلاف في نفوذه من الأصل يقتضى بطلانه في الأضعف ، وهو الوصية بطريق أولى انتهى ، ولا يخفى ما فيه .

وأورد أيضاً على الشيخ القائل بتعديها : بصحيحة عبدالرحمن الى الوصية ، معارضتها فيها بصحيحة الحلبي المتقدمة ، فانها تدل باطلاقها على انعاقه متى زادت قيمته عن الدين ، وهو الموافق لما تقرر من القواعد ، فلا وجه لعمل الشيخ بتلك الرواية مع عدم ورورها في مدعاء ، اطراح هذه الرواية ومن الجائز اختلاف حكم المنجز والموصى به في مثل ذلك كما اختلفا في كثير من الأحكام

على تقدير تسليم حكمها في المنجز ، انتهى .

أقول : لا يخفى ان تلك الرواية وان كانت غير ظاهرة في مدعى الشيخ كما ذكره إلا أن صحيحة الحلبي المذكورة أيضاً لا تخلو من الطعن في متنها بما لا يقولون به ، فانها دلت على أنه يستسعى العبد في دين مولاه ، وأنه يكون حراً اذا وفاه ، ولم يتعرض في الرواية لحق الورثة ، مع أن لهم في قيمته مع زيادتها عن الدين حقاً ، والروايات المتقدمة متفقة على أنه يستسعى في الدين ، وفي حق الورثة .

وبذلك يظهر أن ما تدل عليه الرواية لا يقولون به ، وما يقولون به لا تدل عليه ، ولوقيل : بأن الرواية وان لم تدل عليه لكنه يضم اليها بدليل من خارج ، وتخصيص الامر بوفاء الدين لا تنافيه .

قلنا ، هذا انما يتم لو كانت الرواية مطلقة ، وأما مع النص فيها بأنه باداء الدين يكون حراً ، فهذا التقييد مناف لما دلت عليه ، ومنه يعلم أن هذه الرواية على ما هي عليه لا تصلح المعارضة الخبر المذكور ، فكيف مع انضمام تلك الأخبار الصحاح الصراح اليه ، كما عرفت ، فالأظهر حملها على ما قدمنا ذكره عن الشيخ (رحمة الله عليه) .

وقد تلخص مما ذكرناه أن الأقوال في العتق المنجز ثلاثة : الأول - مذهب الشيخ المفيد ومن تبعه ، وهو توقف العتق على بلوغ قيمة العبد ضعف الدين وإلا فهو باطل ، وهذا مدلول الأخبار المتقدمة .

الثاني - قول العلامة والمحقق ومن تبعهما ، وهو أنه ينعق من ثلث الباقي كائناً ما كان ، ولا يتقيد بضعف الدين ، وفي هذا القول تقدير حق الديان من ثلث الباقي ، ويستسعى فيما يخص الديان ، والوارث بالنسبة ، مثلاً لو كانت قيمته ثلاثمائة درهم ، وعلى المولى من الدين مائتا درهم ، فانه يكون للديان منه مائتان ، تبقى مائة له ثلثها ، وهي ثلاثة وثلاثون وثلث ، وثلثاها للورثة ، وهذه الثلاثة

والثلاثون وثلاث تسع الثلاثمائة ، فعلى هذا ينعقد منه التسع ، ويسعى في ستة أوسع للديان ، وفي تسعين للورثة ، وحجة هذا القول كما عرفت صحيحة الحلبي ، وقد عرفت ضعفها عن المعارضة متناً وعدداً .

الثالث - قول ابن ادریس وهو تنفيذ العتق من الأصل وسقوط الدين ، وهذا القول وان كان جيداً بالنظر الى الأخبار الدالة على أن منجزات المريض من الأصل كما سنتلوها عليك ان شاء الله تعالى بعد ذكر المسئلة ، أعنى مسألة العتق منجزاً مع الدين ، يجب الوقوف فيها على هذه الروايات ، لأنها أخص من تلك ، والقاعدة تقتضى تقديم الخاص والعمل به ، والله العالم .

السابعة : لاختلاف بين الأصحاب (رضي الله عنهم) في صحة الوصية لأم الولد ، ولإختلاف أيضاً في انعاقها على ولدها من حصته بعد موت سيدها ، ولم يوص لها بشئ ، وانما الخلف فيما اذا أوصى لها بشئ فهل ينعقد مما أوصى لها به أو من نصيب الولد أو من غيرهما ؟ أقوال أربعة .

أحدها - ماذهب اليه الشيخ في النهاية من أنها تعتق من نصيب ولدها على تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها ، ويعطى ماأوصى لها به ، وهو مذهب المحقق في نكت النهاية ونقل عن العلامة في المختلف ، وعلل ذلك أن التركة تنتقل من حين الموت الى الوارث ، لعدم صلاحية الميت لتملك ، وعدم انتقالها للديان ، والموصى لهم اجمعاً ، وعدم بقائها بغير مالك ، فتعين الوارث ، وحينئذ فيستقر ملك ولدها على جزء من أمه ، لأنها من التركة ، فتعتق عليه ، وتستحق الرصية .

وثانيها - أنها تعتق من الوصية ، فإن فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها ، وهو مذهب ابن ادریس ، والمحقق في باب الاستيلاد من الشرايع ، وفي هذا الباب تردد بين القولين المذكورين ، ووجه القول بكونها تعتق من الوصية ، لامن نصيب ابنها استناداً الى أن الارث مؤخر عن الدين ، والوصية بمقتضى الآية (١)

« من بعد وصية يوصى بها أو دين » فلا يحكم لابنها بشيء حتى أنه يحكم لها بالوصية ، فان وقت الوصية بقيمتها اعتقت كملا ، وان قصرت أكملت من نصيب ولدها ، وأورد عليه ، بأن المراد بالآيات استقرار الملك بعد المذكورات ، بمعنى أنه لا يملك الوارث ملكاً مستقراً إلا بعد الوصية بالدين ، وإلا فاللازم من ذلك بقاء التركة من غير مالك ، لما عرفت من أن الميت غير صالح للملك ، والديان والموصى اليه لا يملك ، فلم يبق إلا الوارث ، أو صيرورة التركة بغير مالك ، والثاني ممتنع ، فتعين الأول .

وثالثها - أنها تنعقد من ثلث الميت ، وتأخذ الوصية ، وهو مذهب الشيخ أبي جعفر محمد بن علي بن بابويه نقله شيخنا الشهيد في شرح الارشاد ، واستدل له بصحيفة أبي عبيدة الآتية عن أبي عبد الله عليه السلام .

ورابعها - أنها تعقد من الوصية أو نصيب الولد ، وتعطى بقية الوصية ، وهو مذهب ابن الجنييد .

والذي وقفت عليه من الأخبار في المقام مارواه المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) في الصحيح عن أبي عبيدة (١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر للورثة أن يسترقوها ، قال : فقال : لا ، بل تعقد من ثلث الميت ، وتعطى ما أوصى لها به » وزاد في الكافي والتهذيب وفي كتاب العباس « يعقد من نصيب ابنها ، وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به » .

وشيخنا الشهيد في شرح الارشاد روى عن الشيخ (رحمة الله عليه) في التهذيب عن أحمد بن محمد عن علي بن محبوب عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة (٢) « عن أبي الحسن عليه السلام في رجل أوصى لام ولده بألفي درهم فقال : يعقد

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٤ ح ٨٨٠ عن جميل بن صالح

القبس ج ٤ ص ١٦٠ ح ٩٥٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ح ٤

(٢) لم نثر عليه في التهذيب بهذا السند

من ثلث الميِّت ويعطى ما أوصى لها به ، ، وفي كتاب العباس الى آخر ما تقدم ، ولم أقف على هذه الرواية في الوافي ، ولا في الوسائل فيحتاج الى مراجعة التهذيب وظهره أن هذا خبر آخر غير خبر أبي عبيدة المروى عن أبي عبد الله عليه السلام ، فانه جعل هذا الخبر المروى عن أبي الحسن عليه السلام دليلاً للقول الأول ، والخبر المروى عن أبي عبد الله عليه السلام دليلاً للقول الثالث ، والظاهر تغاير الخبرين ، فان المروى عنه في أحدهما غير الأولي والمتن مختلف أيضاً . فيكونان خبرين ، فينبغي الملاحظة ، لأنسى لم أقف على من نقله غيره ، ومدلولهما أنها تعتق من الثلث ، وتعطى ما أوصى لها به .

ونحوهما أيضاً مارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن احمد بن محمد بن أبي نصر (١) قال : نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه السلام فلان مولاك توفي ابن أخ له ، وترك أم ولد له ، ليس لها ولد ، فأوصى لها بألف هل تجوز الوصية ؟ وهل يقع عليها عتق وما حالها ؟ رأيك فدتك نفسى في ذلك ، فكتب عليه السلام يعتق من الثلث ، ولها الوصية واستدل في المختلف لابن بابويه أيضاً زيادة على صحيحة أبي عبيدة الأولى ووجه الاشكال فيها هو أن العتق من الثلث هنا ، لا يظهر له وجه ، ولهذا ان العلامة حمل الخبرين على ما اذا أوصى بعتقها ، وحملها آخر على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث ، ولا يخفى ما فيه .

وبالجملة فهذان الخبران ظاهران فيما ذهب اليه الصدوق ، وأن الاشكال فيها بما عرفت ظاهر .

نعم ما نقل من كتاب العباس من رواية الخبر بهذه الكيفية ظاهر في الدلالة على القول الأول ، وظاهر شيخنا الشهيد في شرح الارشاد الميل الى مذهب الشيخ في النهاية ، قال : والأقرب اختيار الشيخ ، لبناء العتق على التغليب والسراية ، ولهذا لو لم يكن ثمة وصية ولا مال للميت سواها عتق منها بنصيب ولدها ، وسعت

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٤ ح ٨٧٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٠ ح ٥٦٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٩ ح ١ .

في الباقي لبقية الورثة .

وشيخنا في المسالك طعن في رواية كتاب العباس بأنها بمجرد وجودها في الكتاب المذكور لا يتم الاستدلال ، ولو صح السند ، ثم قال : ورواية أبي عبيدة مشككة ، على ظاهرها ، لأنها اذا أعطيت الوصية لا وجه لعقبتها من ثلثه ، لأنها حينئذ تعتق من نصيب ولدها كما ذكر في الحملين المتقدمين ، وقال : كلاهما بعيد ، إلا ان الحكم فيها باعطائها الوصية كاف في المطلوب اذ عتقها من نصيب ولدها يستفاد من دليل خارج صحيح ، ويبقى ما نقل عن كتاب أبي العباس شاهداً على المدعى ، ولعل هذا أجود ، انتهى .

والمسئلة لا تخلو من شوب الاشكال لما عرفت ، وان كان ما استجوده شيخنا المذكور لا تخلو من قرب ، وملخصه أن أقصى ما يمكن العمل به من هذه الأخبار هو اعطاها ما أوصى لها به ، فتعطى في ذلك ، وأما عتقها فيرجع فيه الى الأخبار الأخر الدالة على انعقاد أم الولد على ولدها من نصيبه بعد موت المولى ، وكل من الأمرين المذكورين حق مطابق للقواعد الشرعية .

واما اعتبار الثلث فلا يظهر له هنا وجه وجيه يترتب عليه العتق وهو ظاهر ، والله العالم .

الثامنة : قد صرح الأصحاب بأن اطلاق الوصية يقتضى التسوية ، فاذا أوصى لأولاده أو لأخوانه وأخواته وأخواله وخالاته وأعمامه وعماته ، فإن الجميع أسوة في الوصية ، ولا خلاف في ذلك إلا في صورة الوصية لأعمامه وأخواله .

وعلم الأول بأن نسبة الوصية اليهم على السواء ، وليس في كلام الموصي ما يدل على التفضل ، وحينئذ فلا فرق بين الذكر منهم والأنثى ، ولا الصغير ولا الكبير ، ولا الأعمام ولا الأخوال ، لما ذكرنا واختلافهم في استحقاق الارث أمر خارج ، بدليل من خارج ، فلا يقاس عليه ، ما يقتضى التسوية بمجرد ، إلا أن الخلاف هنا وقع فيما لو أوصى لأعمامه وأخواله ، فإن الشيخ وجماعة ذهبوا الى

أن للأعمام الثلثين، ولالأخوال الثلث، استناداً إلى ما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم وفيها الصحيح والحسن والموثق عن زرارة (١) «عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله، فقال: لأعمامه الثلثان، ولأخواله الثلث».

والى هذه الرواية أشار في الشرايع بأنها مهجورة، قال: ولو أوصى إلى أعمامه وأخواله كانوا سواء على الأصح، وفيه رواية مهجورة، وحملت على ما لو أوصى على كتاب الله، وعلى ذلك حملها غيره أيضاً، ولا يخفى ما فيه من البعد. ويؤيد الخبر المذكور أيضاً ما رواه المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن سهل (٢) عن أبي محمد عليه السلام في حديث «قال: وكتبت إليه: رجل له ولد ذكور وأناث فأقر لهم بضعة أنها لولده، ولم يذكر أنها بينهم على سهام الله عز وجل وفرائضه، الذكور والأنثى فيه سواء؟ فوقع عليه ينفذون فيها وصية أبيهم على ما سمي، فإن لم يكن سمي شيئاً ردوها إلى كتاب الله عز وجل إن شاء الله تعالى»، والظاهر أنه إلى هذه الرواية أشار في المسالك بقوله، وفي رواية أخرى ضعيفة، يقتضى قسمة الوصية بين الأولاد الذكور والأناث على كتاب الله، وهي مع ضعفها لم يعمل بها أحد.

أقول: أشار بالضعف فيها إلى كون الراوي لها سهل بن زياد، وهو ضعيف. وفيه أولاً أن ضعفها بهذا الاصطلاح المحدث لا يقتضى ضعفها عند المتقدمين الذين لا أثر عندهم لهذا الاصطلاح، فلاضير فيه، وإن أراد عدم العمل به من المتقدمين، فإن مقتضى ماحرر الصدوق في صدر كتابه كونه عاملاً بها، حيث نقلها ولم يتعرض للطعن فيها ولإردوها، وقد اشتهر بينهم نسبة المذاهب إليه في الفقيه بذلك، وثالثاً أنه لا يخفى على المنصف أن الأحكام الشرعية توقيفية، لا مسرحة للعقول فيها على السماع والورود من صاحب الشرع، ورد الأخبار بعد ورودها

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ٣ و ١٠، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٥ و ٨٤٦
الرسائل ج ١٣ ص ٤٥٤ الباب ٦٢ و ص ٤٥٥ ح ٢.

من غير معارض لها من الأخبار بل بمجرد هذه الاعتبارات العقلية والتعليقات التخريبية لا يخلو من الجرأة على صاحب الشريعة .

نعم لو كان هنا نص يدل الى مادعوه من أن الاطلاق يقتضى التسوية لثم ما ذكره ، ووجب التأويل فيما عارضه ، ولكن ليس الأمر كذلك .

وبالجملة ، فانه يجب العمل بما دلت عليه النصوص المذكورة ، وفيما خرج عن موضع النصوص اشكال ، والأقرب أنه كذلك أيضاً ، لأن الظاهر أن ذكر الأعمام والأخوال في الصحيحة المتقدمة انما خرج مخرج التمثيل ، ويؤيده أن ظاهر الثانية كون ذلك قاعدة كلية ، وهو أنه ان سمي وعين التسوية أو التفصيل اتبع ، وان أطلق رد الى كتاب الله عز وجل ، ولكن الألف بالمشهورات ولا سيما اذا زخرفت بالاجاعات ربما أوجب طرح الروايات كما في هذا الموضع وغيره ، والله العالم .

التاسعة : لو أوصى لذوي قرابته أو لأهل بيته أو عشيرته أو قومه أو جيرانه ، فانه يجب الرجوع فيه الى معاني هذه الألفاظ ، وما ينصرف اليه اطلاقها .

فنقول أما لفظة القرابة فقد اختلف كلام أصحابنا ، بل الواحد منهم في تحقيق معناه المراد منه لعدم النص الوارد منه في ذلك ، والأكثر منهم على الرجوع فيه الى العرف .

قالوا : لأنه الملحكم في مثل ذلك حيث لانس ، ومرجعه الى المعروفين بنسبته عادة ، سواء في ذلك الواث وغيره ، وقيل : لمن يتقرب اليه الى آخر أب أو أم له في الاسلام .

فقال الشيخ في النهاية اذا أوصى لقرابته كان ذلك في جميع ذوى نسبته الراجعين الى آخر أب أو أم في الاسلام بالتسوية ، وكذا قال الشيخ المفيد ، إلا أنه قال : ولا يرجع على من يتعلق بمن نأى عنهم في الجاهلية .

وقال في الخلاف اذا أوصى بثلثة لقرابته فمن أصحابنا من قال : يدخل فيه

كل من تقرب اليه الى آخر أب وأم في الاسلام ، واختلف الناس في القرابة . فقال الشافعي : اذا أوصى بثلاثة لقرابته ولأقربائه ولذى رحمه ، فالحكم واحد ، فانه ينصرف الى المعروفين من أقاربه في العرف ، فيدخل فيه كل من يعرف في العادة أنه من قرابته ، سواء كان وارثاً أو غير وارث ، قال : وهذا قريب يقوى في نفسى ، وليس لأصحابنا فيها نص عن الائمة عليهم السلام .

وقال في المبسوط : قال قوم : ان هذه الوصية للمعروفين من أقاربه في العرف فيدخل فيه كل من يعرف في العادة أنه من قرابته ، سواء كان وارثاً أو غير وارث وهو الذى يقوى في نفسى ، وقال قوم : انه يدخل فيه كل ذى رحم محرم ، وأما من ليس بمحرم له فانه لا يدخل فيه ، وان كان له رحم مثل بنى الأعمام أو غيرهم ، وقال قوم : انها للموارث من الأقارب ، وأما من ليس بوارث فانه لا يدخل فيه ، والأول أقوى ، لأن العرف يشهد به ، وينبغي أن يصرف في جميعهم ، وفي أصحابنا من قال : انه يصرف ذلك الى آخر أب وأم له في الاسلام ، ولم أجد به نصاً ولا عليه دليلاً مستخرجاً ولا به شاهداً .

وقال ابن الجنيد : ومن جعل وصية لقرابته وذوى رحمه غير مسمين كان لمن تقرب اليه من جهة ولده أو والديه ، ولا اختار أن يتجاوز بالفرقة ولد الأب الرابع ، لأن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) لم يتجاوز ذلك في فرقة سهم ذوى القربى من الخمس .

وابن ادريس في هذه المسئلة اختار ماذهب اليه الشيخ في الخلاف والمبسوط وكذا ابن البراج ، وهو المشهور في كلام المتأخرين .

قال في المختلف : والمعتمد قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، حملاً لللفظ على المعنى العرفى عند تجرده عن الوضع الشرعى ، كما هو عادة الشرع في ذلك والقول الذى اختاره في النهاية قد اعترف في المبسوط بأنه لم يجد عليه نصاً ولا عليه دليلاً ولا به شاهداً ، وكفى به حجة على نفسه .

والمراد من هذا القول الارتقاء بالقرابة بالأدنى الى ما قبله ، وهكذا الى أبعد جد وجدة له في الاسلام ، وفروعهما ، ويحكم للجميع بالقرابة ، ولا يرتقى الى آباء الشرك وان عرفوا بقرابته ، وربما استدل على التخصيص بالاسلام والانقطاع بالكفر بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) « قطع الاسلام أرحام الجاهلية » ، وقوله عز وجل لنوح في حق ابنه (٢) « انه ليس من أهلك » ولا دلالة في ذلك على مطلوب الشيخ ، لأن قطع الرحم للجاهلية لا يدل على قطع القرابة مطلقاً ، مع أصناف الكفار ، وكذا قطع الأهلية في ابن نوح ، والعرف واللغة يشهدان بأن من بعد جداً كالأجداد البعيدة لا يدخل في القرابة ، وان كان مسلماً ، ومن قرب جداً دخل وان كان كافراً إلا أن تدل القرينة على ارادة المسلم .

ولم أقف في هذا المقام على شيء من الأخبار إلا على ما رواه الشيخ في الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر (٣) « قال : نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه السلام رجل أوصى لقرابته بألف درهم وله قرابة من قبل أبيه وأمه ما حد القرابة يعطى من كان بينه وبينه قرابة ؟ أو لها حد ينتهي اليه رأيك فذلك نفسي ؟ فكتب عليه السلام : ان لم يسم أعطاها قرابته » ، وهذا الجواب وان كان لا يخلو من نوع اجمال ، إلا أن الظاهر أن المعنى فيه أنه لم يسم شخصاً بعينه ولا صنفاً بعينه ، فانه يعطى من شملته القرابة عرفاً ، وفيه تأييد للمعنى المشهور حينئذ .

وأما ما ذهب اليه ابن الجنيد فقليل عليه ان ما ذكره من عدم تجاوز الرابع غير لازم ، وفعل النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) بالخمس ذلك ، لا يدل على نفي القرابة مطلقاً عما عداه ذلك : فان ذلك معنى آخر للقربى ، فلا يلزم ذلك في حق غيره ، حيث يطلق .

وكيف كان فانه يدخل فيه الذكر والانثى ، والفقير والغني ، والسوارث

(١) مسالك الافهام ج ١ ص ٤٠٩ وما عثرنا على هذه الرواية بعد الفحص في مظانه .

(٢) سورة هود - الآية ٤٦ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ٢١٥ ح ٧٤٨ ، الرسائل ج ١٣ ص ٤٥٩ الباب ٦٨ .

وغيره ، والقريب والبعيد ، ولا فرق بين قوله أوصيت لأقاربي أو قرابتي ، أو لذوي قرابتي أو لذوي رحمي ، لأن مرجع الجميع الى معنى واحد .
وأما أهل بيته فقد قال المحقق في الشرايع : لو قال لأهل بيته دخل فيه الآباء والأولاد والأجداد .

قال شيخنا في المسالك بعد ذكر ذلك : لا اشكال في دخول من ذكر ، لاتفاق أهل التفاسير على ذلك ، انما الكلام في دخول غيرهم ، فان الاقتصار على ما ذكر يقتضى كون علي عليه السلام ليس من أهل البيت لخروجه عن الأصناف الثلاثة مع أنه داخل اجماعا .

وقال العلامة : يدخل فيهم الآباء والأجداد والأعمام والأخوال وأولادهم وأولاد الأولاد الذكر والانثى ، ثم قال : وبالجمله كل من يعرف بقرابته ، وهذا يقتضى كون أهل بيته بمنزلة قرابته ، وحكي عن تغلب أنه قال : أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم ، كالأجداد والأعمام وأولادهم ، ويستوى فيه الذكور والاناث ، وما اختاره العلامة من مساواة أهل البيت للقرابة ، هو الظاهر في الاستعمال ، يقال : الفلانيون أهل بيت في النسب ، معروفون ، وعليه جرى قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) « إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لَانْحِلَ لَنَا الصَّدَقَةُ » ، والأقوى الرجوع الى عرف بلد الموصي ، ومع انتفائه يدخل كل قريب : وأما أهل بيت النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فانهم أخص من ذلك بالرواية الواردة عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) في حصرهم في أهل الكساء ، انتهى كلامه ، زيد مقامه وعلت في الخلد أقدامه .

أقول : قال الفقيه محمد بن طلحة الشافعي في كتاب مطالب السؤال في مناقب آل الرسول في بيان معاني الآل وأهل البيت والعترة ماصورته : وأما اللفظة الثانية وهي أهل البيت فقد قيل : هم من ناسبه الى جده الأدنى ، وقيل :

(١) الوسائل ج ٦ ص ١٨٧ الباب ٢٩ ح ٦ .

من اجتمع معه في رحم ، وقيل : من اتصل به بسبب أو نسب ، وهذه كلها موجودة فيهم عليه السلام ، فانهم يرجعون الى جده عبدالمطلب بنسبهم ، ويجتمعون معه في رحم ويتصلون به بسببهم ونسبهم ، فهم أهل بيته حقيقة ، ثم روى حديثاً من صحيح مسلم (١) عن زيد بن أرقم ، وفيه : فقال له حصين : من أهل بيته يا زيد ؟ نسائه أهل بيته ؟ قال : أهل بيته من حرمت عليه الصدقة بعده .

أقول : والمعنى الثاني والثالث مما ذكره ابن طلحة قريب من معنى القرابة المشهور ، ويؤيده ما ذكره في كتاب المصباح المنير قال : وأهل الرجل يأهل ويأهل أهولا اذا تزوج ، وتأهل كذلك ، ويطلق الأهل على الزوجة ، والأهل أهل البيت والأصل فيه القرابة ، وقد أطلق على الاتباع ، انتهى ، وهو ظاهر في أن الأصل اطلاق أهل البيت على قرابة الرجل ، وقد أطلق على أتباعه ، وان لم يكن من قرابته ، وبالجملته فما نقل عن العلامة لا يخلو من قرب .

وكيف كان فالظاهر أن معاني هذه الألفاظ أعنى أهل البيت والآل والعنرة ونحوها بالنسبة الى اطلاقها على أهل بيته (صلى الله عليه وآله وسلم) وعترته أخص مما هو المشهور من معانيها عرفاً أو لغة ، ولتحقيق ذلك مقام آخر ، وأما معاني باقي الألفاظ المتقدمة فقد تقدم تحقيق الكلام فيها في كتاب الوقف ، وهذان اللفظان حيث لم يتقدم لهما ذكر تعرضنا للكلام فيهما ، والله العالم .

العاشرة : الظاهر أنه لا خلاف في أنه تصح الوصية للحمل الموجود حين الوصية ، وان لم تحله الحياة ، لكن يكون ذلك مراعى بوضعه حياً ، فتصح بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً ، فلو وضعته ميتاً بطلت الوصية ، وان كان حال الوصية حياً في بطن أمه ، كما أنها تصح بوضعه حياً وان لم يكن حال الوصية حياً ولم تلجه الروح ، ومعنى استقرارها تحقق صحتها من حين موت الموصي ، ومع وضعه ميتاً يتبين البطلان من ذلك الوقت ، وحينئذ

فالنماء المتخلل بين الولادة وموت الموصي يتبع العين ، ولم أقف في هذا المقام على نص ، غير أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على ما ذكرناه ، فانه لم ينقل هنا خلاف في شيء من هذه الأحكام .

واذا استقرت الوصية بولادته حياً لا يقدح فيها موته بعد ذلك ، بل ينتقل الى ورثته ، وهو ظاهر ، إلا أن ظاهر كلامهم اشتراط القبول من الوارث ، بل صرح في المسالك أيضاً باشتراط القبول في الحمل ، فأوجب القبول على وليه ، قال في الكتاب المذكور بعد أن ذكر أن الوصية تنتقل الى الوارث لو مات بعد ولادته حياً ما صورته : لكن يعتبر هنا قبول الوارث لامكانه في حقه ، وانما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذرده كما سقط اعتباره في الوصية للجهات العامة ، ووجه سقوطه عن الوارث تلقيه الملك عن المولود المالك لها بدون القبول ، ثم قال : والمتجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقاً ، فيقبل وليه ابتداءً ، ووارثه هنا وتظهر الفائدة فيما لو ردها قبل قبوله ، فان اعتبرناه بطلت ، وإلا فلا أثر للرد انتهى أقول : قد تقدم القول في تحقيق اشتراط القبول في الوصية لمعين وعدمه ، وبيننا أنه لا دليل على ما ذكره من الاشتراط ، بل ظواهر جملة من النصوص العدم ، تقدم ذلك في المسئلة الثانية من المقصد الأول في الوصية (١) وكذا في المسئلة الخامسة والسادسة من المقصد المذكور ، واشرنأ أيضاً الى أن ما ادعوه - وان اشتهر بينهم - من أن الوصية عقد تفتقر الى الإيجاب والقبول مما لم يقد عليه دليل ، كما تقدم ذكره في المسئلة الاولى من مسائل المقصد المشار اليه .

وبالجملة فانه ليس في هذه المواضع ما يمكن الاعتماد عليه من الأدلة الشرعية ، سوى مجرد كلامهم وتعليلاتهم ، ومن أراد تحقيق الحال يرجع الى المسائل المذكورة ، ثم ان في حكمه أولاً بأن الحمل من قبيل الجهات العامة ، فلا تتوقف الوصية له على القبول ، ثم رجوعه عن ذلك في الحمل فحكمه بأنه

ج ٢٢ في انتقال الوصية الى ورثة الموصي له ان مات قبل الموصي ٥٥٣

يقبل وليه ، لقائل أن يقول : أنه كما أن للحمل ولي ، فكذا الجهات العامة لها ولي وهو الحاكم ، فلم جوزت الوصية لها من غير اشتراط القبول ؟ ولم لا توجب أن يقبل لها الحاكم ، لأنه وليها ، والفرق بين مسئلتني الحمل والجهات العامة مع وجود الولي لكل منهما غير ظاهر ، كما لا يخفى ، وبالجمله فان البناء اذا كان على غير أساس حصل فيه الانعكاس ، وذكر فيه الالتباس .

بقي هنا شيء وهو أن القبول المشترط هنا هل يشترط فيه القبول اللفظي أو يكفي فيه القبول الفعلي ، والرضاء بذلك ؟ صرح العلامة في المختلف في هذه المسئلة بالثاني ، وهو جيد ، وقد تقدمت الاشارة اليه في المسائل المتقدم ذكرها أيضاً ، والله العالم .

الحادية عشر : المشهور أن الموصي له اذا مات قبل الموصي ولم يرجع الموصي عن وصيته فان الوصية تنتقل الى ورثة الموصي له ، قال شيخنا المفيد (عطر الله مرقده) اذا أوصى الانسان لغيره بشيء من ماله فمات الموصي له قبل الموصي بذلك كان ما أوصى به راجعاً الى ورثته ، فان لم يكن له ورثة رجع الى مال الموصي ، الى أن قال : ولصاحب الوصية اذا مات الموصي له قبله أن يرجع فيما أوصى له به ، فان لم يرجع فهو لخلف الموصي له ، ورواه ابن بابويه في كتابه وهو مذهب مشهور للأصحاب ، انتهى .

وقال ابن الجنيد : ولو كانت الوصية لأقوام بعينهم مذكورين مشاراً اليهم كالذي يقول لولد فلان ، وهؤلاء ، فان ولد فلان غيرهم لم يدخل في الوصية ، ولو مات أحدهم قبل موت الموصي بطل سهمه .

قال العلامة في المختلف بعد نقل كلام ابن الجنيد : ولا بأس بهذا القول عندى ، لأن الوصية عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ، وقد بينا أن القبول المعتد به هو الذى يقع بعد الوفاة ، فصار الموت حينئذ لا عبرة به ، انتهى .

وتدل على المشهور وهو المؤيد المنصور صحيحة محمد بن قيس (١) وقد تقدمت في المسئلة الخامسة من مسائل المقصد الاول ، و تقدم أيضاً ذكر ما استند اليه العلامة في القول بالبطلان هنا وهو صحيحة أبي بصير ومحمد بن مسلم (٢) وموثقة منصور بن حازم (٣) ، وقد حققنا الكلام في المقام ثمة بما لا مزيد عليه . والفرق بين ما ذكرنا في المسئلة السابعة وما ذكر هنا أن مطرح البحث في المسئلة السابعة هو أن الوارث هل يرث القبول لو مات الموصي له قبل الموصي ولم يقبل أم لا ؟ وليس فيها تعرض لملك الموصي به وعدمه ، إلا أننا قد أوضحنا بالأدلة الشرعية في أثناء البحث ، أنه يملكه الموصي له ، ويملكه وارثه بعده والغرض من هذه المسئلة هنا بيان أن الموصي به ينتقل بموت الموصي له الى وارثه ان لم يرجع الموصي عن الوصية أم لا ، سواء كان مورثه قد قبل الوصية قبل موت الموصي أم لا ، فلو فرض أنه قبل الوصية في حياة الموصي ثم مات في حياته واكتفينا بالقبول الواقع في حياة الموصي لم يقتصر وارثه الى القبول ، ولكن يبقى الخلاف في بطلان الوصية وعدمه ، وهو المقصود بالبحث هنا ، وان لم يكن قد قبل ، انتقل الى الوارث حق القبول ، ومعه يملك الموصي به على الخلاف ، وهو المقصود بالذكر هنا ، وقد حققنا في المسائل المتقدمة المشار اليها ضعف جميع ما بنوا عليه ، وفرعوا عليه من القول بأن الوصية عقد يتوقف على الإيجاب والقبول وأنه لا دلائل على القبول بوجه ، بل الروايات ظاهرة في خلافه ، وان الحكم في هذه المسئلة المذكورة هنا ، هو أنه بموت الموصي له تنتقل الوصية الى الوارث ما لم يرجع الموصي ، سواء كان الموت في حياة الموصي أم بعد موته ، وأن ما استند اليه العلامة ، وقبله ابن الجنيد (رحمة الله عليه) من القول بالبطلان ، ليس في الأدلة ما يدل عليه صريحاً ، والروايتان المذكورتان فيهما من الاجمال

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٠ ح ٩٠٣ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٦ و ٩٠٧ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ١ و ص ٤١٠ ح ٥٥٤ .

ج ٢٢ في بطلان الوصية بموت الموصى له قبل الموصي مع عدم وارث له ٥٥٥

ما يمنع من الاستناد اليهما في الاستدلال ، فلا تنهضان قوة في معارضة صحيحة محمد بن قيس ، ونحوها مما دل على ما دلت عليه من الأخبار الصريحة في المطلوب .

وبالجملة فان قوة القول المشهور في الظهور كالنور على الطور لا يعترىها قصور ولا فتور ، كما لا يخفى على من نظر بعين التأمل والتدقيق فيما قدمناه في المسائل المشار اليها من التحقيق الرشيق .

بقي الكلام فيما لو لم يخلف الموصى له أحداً فان الظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه يرجع الى ورثة الموصي ، وبذلك صرح شيخنا المفيد (رحمه الله) فيما تقدم من نقل عبارته ، وقال المحقق في الشرايع : ولو لم يخلف الموصى له أحداً رجعت الى ورثة الموصي .

قال في المسالك : هذا تنمة الحكم السابق : وحاصله ان الموصى له اذا مات في حياة الموصي ولم يخلف وارثاً رجعت الوصية الى ورثة الموصي ، بمعنى بطلانها حينئذ ، وهذا الحكم شامل باطلاقة لما لو كان موت الموصى له قبل قبوله وبعده والحكم في الأول واضح ، لأنه بموته قبل القبول وعدم قيام أحد مقامه في القبول تبطل الوصية ، ويرجع الى ورثة الموصي ، ويحتمل على هذا أن ينتقل حق القبول الى وارثه العام ، وهو الامام ، لأنه وارث في الجملة ، فيرث حق القبول كما يرثه وارثه الخاص ، لقيامه مقامه في ارث جميع ما يورث عنه ، ويتولاه نائبه العام ، وهو الحاكم الشرعي مع غيبته ، إلا أن هذا الاحتمال لم يذكروه مع توجهه ، وأما الحكم الثاني وهو ما اذا كان موته بعد القبول حيث اعتبرنا القبول المتقدم على الوفاة ، فيشكل القول ببطلان الوصية حينئذ ، لتام سبب الملك بالايجاب والقبول ، وتوقفه على الشرط وهو الموت لا يوجب بطلانه ، ومن ثم انتقل الى الوارث لو كان ، فكما أنه لحصول الشرط يتم الملك للوارث فينبغي أن يتم هنا أيضاً .

ويمكن الجواب بأن الملك لما كان مشروطاً بالموت لا يحصل بدونه كما هو ظاهر ، وحينئذ فلا بد من مستحق صالح للتملك لينتقل اليه الملك ، فان مجرد السبب وان كان تاماً لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط ، وحينئذ فان كان للموصي له وارث انتقل حق الوصية اليه ، وحكم بملكه ، لأن له أهلية الملك وان لم يقبل بناءً على القبول السابق ، وان لم يكن له وارث لم يجد الملك محلاً قابلاً له لينتقل اليه ، اذ ليس هناك إلا الموصي له ، وقد فأت أهليته للملك بموته أو وارثه والفرض عدمه .

نعم يتمشى على الاحتمال السابق هنا بطريق الأولى ، أن ينتقل الى الامام لتمام سبب الملك وحصول الشرط للملك ، والامام وارث للموصي له كالخاص ، فينتقل الملك اليه ، وان لم نقل بانتقال حق القبول اليه ، لأن الحق هنا أقوى ، انتهى كلامه زيد مقامه .

أقول قد عرفت مما حققناه في المسائل المشار اليها آنفاً أنه لا دليل على هذا القول الذي يكررون ذكره ، ويفرعون عليه ما يذكرونه من الفروع ، وان غاية ما يستفاد من الأخبار المتكثرة في باب الوصية هو أنه متى أوصى أحد لأحد بشيء فانه يصح ، ويكون لزومه مراعى بموت الموصي قبل الرجوع فيه ، فمتى مات الموصي كذلك وجب على الوصي أو الورثة انفاذ الوصية ، هذا غاية ما يفهم من الأخبار ، وهم انما رتبوا ذلك واستندوا فيما ذكروه الى كون الوصية عقداً يشترط فيه الإيجاب والقبول ، مع أنهم لم يوردوا على ذلك دليلاً إلا مجرد ظاهر اتفاقهم إن تم ، وحينئذ فيأتى على ما ذكرناه أنه متى أوصى الى أحد بشيء ومات الموصي له في حياة الموصي ، فان كان له وارث فالأشهر الأظهر كما عرفت أنه تنتقل الوصية الى الوارث ، ويكون لزومها مراعى بموت الموصي ، فان مات ولم يرجع وجب انفاذها .

وأما اذا مات الموصي له وليس له وارث ومات الموصي والحال هذه من غير أن يرجع في الوصية فظاهرهم كما عرفت أنه تبطل الوصية ، لما ذكره هنا في

ج ٢٢ في حكم موت الموصى له بعد الموصي مع عدم وارث له ٥٥٧

المسالك من التعليقات المذكورة ، وزاد احتمال رجوع الوصية الى الامام عليه السلام و مرجع ما ذكرناه الى ما ذكره من الحكم الثاني .

وأما الاشكال الذي أورده عليه فقد عرفت الجواب عنه بما ذكره ، وهو الحق في المقام ، والأصحاب قد ذكروا هنا في صورة البطلان أنه تنتقل الوصية الى ورثة الوصي ، وحق الكلام أن يقال الى الموصي ، لأن المفروض أن الموصي له مات في حياة الموصي ، والحال أنه لا وارث له وقت موته ، ومقتضى الحكم ببطلان الوصية في تلك الحال ، هو الانتقال الى الموصي ، لأن ذلك مفروض في حياته وهو ظاهر هذا .

ولو كان موت الموصى له إنما وقع بعد موت الموصي ، والحال أنه ليس له وارث ، فيحتمل ما ذكره ابن ادریس من البطلان في صورة ما لو تعذر صرف الوصية في الوجه الموصى به ، وقد عرفت ضعفه ، ويحتمل أن تكون الوصية للامام عليه السلام لأنه الوارث لمن لا وارث له ، والموصى له قد ملكها واستقر ملكه عليها بالوصية وموت الموصي ، ويحتمل وهو الأقرب الصدقة به عنه ، لما تقدم في المسائل السابقة من صحيحة العباس بن عامر (١) قال : سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ، ولم يترك عقبا ، قال اطلب له وارثا أو مولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له وليا ، قال : اجهد على أن تقدر له على ولي فان لم تجده وعلم الله منك الجهد فتصدق بها .

ومن هذه الرواية يعلم بعد ما احتمله في صورة البطلان من الصحة بحمل الوارث على الامام بقوله نعم يتمشى على الاحتمال السابق الى آخره ، فان المتبادر من اطلاق الوارث انما هو الوارث الخاص ، فما ذكره من احتمال الامام في كلا الموضعين بعيد جداً ، ولهذا لم يذكره غيره من الأصحاب كما اعترف به ، والوجه فيه ما ذكرناه ، والله العالم .

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ٢ .

الثانية عشر : قالوا : لو أوصى للأقرب نزل على مراتب الارث من حيث المرتبة لا من حيث الاستحقاق ، فان الوصية يتساوى فيها الذكر والانثى ، والمتقرب بالأبوين ، والمتقرب بالأم ، وان كانوا اخوة ، والمراد من تنزيله على المراتب مراعاة المرتبة الأولى من مراتب الارث ، وتقديمها على الثانية ، وكذا الثانية على الثالثة ، وحينئذ فلا يعطى الأبعد في المرتبة مع وجود الأقرب ومقتضى ذلك تقديم العم من الأب على ابن العم من الأبوين ، وان كان ابن العم مقدماً في الارث لدليل خارج ، مع احتمال تقديمه هنا أيضاً ، نظراً الى الأقرية بحسب الارث ، لكنه يخرج بقيد المنع من اعطاء الأبعد مع وجود الأقرب ، وهذا ملخص ما ذكره في ذلك ، والله العالم .

المقصد السادس في الوصاية :

بكسر الواو وفتحها وهي الولاية على اخراج حق او استيفائه أو على طفل ومجنون يملك الموصي الولاية عليه اصاله كالأب والجد له ، أو بالمرض كالوصي عن أحدهما المأذون له في الإيضاء ، ولو نهي لم يوص ومع الإطلاق خلاف يأتي ذكره ان شاء الله تعالى .

والبحث في هذا المقصد يقع في مسائل : **الأولى :** يشترط في الوصي الكمال بالبلوغ ، والعقل فلا تصح الى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا ، ولو ضم الى كامل نفذ تصرف الكامل حتى يبلغ الصبي فيشتركان ، وسيأتي ما فيه مزيد تحقيق للمسئلة ان شاء الله تعالى ، ولا الى مجنون ، ولو طرأ الجنون على الوصي فقد صرحوا بأنه تبطل وصيته ، وهل تعود بعود العقل ؟ جزم العلامة بالعدم ، وتردد في الدروس ، ولو كان المجنون يعتوره أدواراً ، قال في الدروس : الأقرب الصحة ، وتحمل على أوقات الافاقة ، قال : والفرق بينه وبين ما اذا طرأ الجنون انصراف الوصية في ابتدائها الى أوقات الافاقة ، وانصرافها هناك الى دوام عقله ، الذي لم

يعدم ، وهل يشترط فيه العدالة ؟ المشهور ذلك ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، والشيخ المفيد في الملقنة ، وابن حمزة وابن البراج وسائر ، وبطل الوصية الى الفاسق ، وقيل : بالعدم ، وهو اختيار ابن ادريس بعد الاضطراب في كلامه ، واليه ذهب المحقق في النافع ، والعلامة في المختلف .

احتج الأولون بوجوه منها - أن الوصية استيمان على مال الأطفال ، ومن يجري مجريهم من الفقراء والجهات التي لا يراعونها المالك ، والفاسق ليس أهلاً للاستيمان على هذا الوجه ، وإن كان أهلاً للوكالة ، لوجوب التثبت عند خبره ، ومنها أن الوصية تتضمن الركون باعتبار فعل ما أوصى اليه به ، من تفرقة المال وانفاقه وصرفه في الوجوه الشرعية ، والفاسق ظالم لا يجوز الركون اليه ، لقوله تعالى (١) « ولأنر كنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار » .

ومنها - أن الوصية استنابة على مال الغير لاعلى مال الموصي ، لانتقاله عنه بعد موته ، وولاية الوصي إنما تثبت بعد الموت فيشترط في النائب العدالة ، كوكيل الوكيل ، بل أولى لأن تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكل ، وذلك من أكبر البوائع على تحرز وكيل الوكيل من تجاوز الحد ، بخلاف الوصي فإن ولايته بعد موت الموصي على الجهات التي أشرنا اليها ، وهي مما لا يشارفه فيها أحد غالباً .

احتج العلامة في المختلف على ما تقدم نقله عنه من عدم اشتراط العدالة ، قال : لأنها نيابة فتتبع اختيار المنوب كالوكالة .

واستند ابن ادريس الى الاجماع على جواز ايداع الفاسق ، قال : وهي أمانة فكذا الوصية ، وأورد عليه بظهور الفرق بين الوكالة والوصية بما تقدم من مراعاة الموكل حال الوكيل في كل وقت مختار ، وبأنه في الوكالة تسلط على مال نفسه ، وفي الوصية على مال غيره ، ولهذا اشترطت العدالة في وكيل الوكيل .

أقول : والتحقيق أن يقال ان الناس بالنسبة الى العدالة وعدمها على أقسام ثلاثة : أحدها - العادل ، وهو من عرف بالقيام بالواجب واجتناب المحرمات ، وثانيها - الفاسق ، وهو من أخل بشيء من الواجبات أو ارتكب المحرمات ، وثالثها - مجهول ، وهو من لا يعرف بشيء من الأمرين ، والدليلان الأولان - من أدلة القول الأول - غاية ما يدلان عليه نفى الفاسق ، دون المجهول الحال ، وحينئذ فيجوز وصاية المجهول الحال ولا تلزم العدالة .

وأما الدليل الثالث فإن أريد بالعدالة المشتركة في وكيل الوكيل ظهور العدالة فيه بالمعنى المتقدم ، فالاستدلال به مصادرة ، لأنه عين المتنازع ، وإن أريد عدم ظهور الفسق سلمناه ، ولكنه لا يفيد الاشتراط المدعي .

وبالجملة فإن المسئلة عارية من النص والاحتياط فيه مطلوب ، وظواهر جملة من النصوص بالنسبة الى من مات وله أموال ، وورثة صغار ، ولا وصي له ، اشتراط عدالة المتولى لذلك ، وهو وإن كان خارجاً عما نحن فيه ، إلا أن فيه اشعاراً بأن المتولى لأمر الوصاية ينبغي أن يكون عدلاً مؤتمناً ، ولا فرق بين الأمرين ، إلا كون الأول منصوباً من قبل الشرع ، وهذا منصوب من قبل الموصي ، وإلا فهو بالمنسبة الى ما يتصرف فيه واحد ، وحينئذ فكما تراعى العدالة فيه من حيث ان الناصب له الشرع ، كذا تراعى من حيث ان الناصب الموصي ، فلا ينصب لذلك إلا عدلاً ، والفرق بينهما بأن الموصي له التسلط على ماله بدفعه الى من يشاء ، ويسلط عليه من يختاره ، لأن « الناس مسلطون على أموالهم » (١) بخلاف الحاكم الشرعي المنوط تصرفه بالمصلحة دون ما فيه مفسدة ضعيف ، فإن الموصي بعد الموت وانتقال التركة وفيهم الصغير ، وفيها الوصايا الى الجهات العامة ونحو ذلك من التصرفات التي تحتاج الى الوثوق والايتمان ، لا تعلق له بذلك ، فتصرفه فيما ذكر إنما هو تصرف في مال الغير ، لا مال نفسه كما ذكره ، ومما ذكرناه يعلم أنه لا ريب في

اشتراط عدم ظهور فسقه .

وأما اشتراط ظهور عدالته فقد عرفت أن الاحتياط - حيث ان المسئلة غير منصوصة - يقتضيه .

بقي هنا شيء وهو أنه على تقدير اشتراطها ابتداء هل يشترط استدامتها بمعنى أنه لو نصب عدلاً ثم ظهر فسقه بطلت وصايته أم لا ؟ المشهور الأول ، وكذا على القول بعدم اشتراطها لو أوصى الى العدل ، ثم ظهر فسقه بعد موت الموصي ، فان المشهور بطلان وصايته ، وجوب عزله ، والوجه في ذلك ، أما على اشتراطها ابتداء فظاهر ، لفوات الشرط ، وأما على عدم الاشتراط فلان الظاهر أن الباعث له على اختيار العدل - مع جواز الوصية الى غيره ، كما هو مقتضى القول المذكور - إنما هو عدالته ، والوثوق بأمانته ، فاذا خرج عن حد العدالة فات الباعث ، وخرج عن الاستيمان ، اذا الظاهر أنه لو كان حياً لاستبدل به ، كذا احتج به في المختلف ، وذهب ابن ادريس الى صحة الوصية ، وعدم بطلانها بذلك ، قال - بعد أن نقل عن الشيخ في المبسوط أنه لو تغيرت حالة الوصي لفسق أخرجت الوصية من يده ، لأن الفاسق لا يكون أميناً - ما لفظه : هذا الكتاب معظمه فروع المخالفين ، في كلام الشافعي وتخريجاته ، ولم يورد أصحابنا في ذلك شيئاً ، لا رواية ولا تصنيفاً ، والأصل صحة الوصية اليه ، والاعتماد عليه مع قوله تعالى (١) « فمن بدله بعد ما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه » وعزله عن الوصية واخراجه منها تبديل وتغيير بلا خلاف . أقول : لا ريب أن الشيخ هنا انما حكم بالبطلان ، بناء على مذهبه في المسئلة من اشتراط العدالة ابتداء كما هو المشهور ، وهو من القائلين بذلك ، كما تقدم نقله عنه في المبسوط ، وحينئذ فرد ابن ادريس وحكمه بالصحة يعطى مخالفته في هذه الصورة أيضاً ، وأما في صورة ما اختاره ابن ادريس من عدم اشتراط العدالة ابتداء فهو بطريق أولى .

والتحقيق أن يقال : إننا شرطنا العدالة كما هو المشهور ، فإن الظاهر هو البطلان لو ظهر الفسق ، لأن اشتراطها ابتداء يقتضى الاستدامة ، لما عرفت من أن الغرض من شرط العدالة هو الوثوق والاطمئنان بعدم المخالفة في شيء من الأمور الموصى بها ، والأتیان بها على الوجه المأمور به ، وذلك يقتضى الاستدامة في جميع تصرفاته .

وخلاف ابن ادريس على هذا التقدير ضعيف ، مع أنه قد صرح في كتاب الوصايا على ما نقله عنه في المختلف بأنه لو مات الوصى أوفسق ، أقام الحاكم مقامه من يراه ، وما استند اليه من النهي عن التبديل ليس على عمومه ، بل يجب تقييده بما إذا لم يخالف المشروع فلو خالف جاز تبديله ، ومتى لم يشترط العدالة ابتداء كما هو القول الآخر فإن القول بعدم البطلان كما ذهب اليه ابن ادريس غير بعيد ، وما ذكره العلامة (رحمة الله عليه) في تعليل البطلان من أن الظاهر أن الباعث له على اختيار العدل إنما هو عدالته جيد ، لو علم أن الباعث له على جعله وصياً هو عدالته ، وإلا فمجرد احتمال ذلك لا يكفي في الحكم بالبطلان ، اذ من الجائز والقريب كون الباعث على نصبه أمراً آخر ، من صحبته أو قرابته ، أو نحو ذلك ، وجاز أن يكون العدالة مزيدة في الباعث ، لاسبباً تاماً ، فلا يقدح فواتها ، ومن ثم ان المحقق في الشرايع لم يجزم هنا بالبطلان ، بل قال : أمكن القول بالبطلان .

وبالجملة فإن ما ذهب اليه ابن ادريس من الصحة على القول المذكور جيد ، إلا مع تحقق العلم بأن الباعث على نصب العدل هو العدالة ، والله العالم .

الثانية : قد صرحوا بأن من جملة الشروط ايضاً في الوصية الحرية ، فلا تصح وصاية المملوك ، لاستلزامها التصرف في مال الغير ، لأن الوصاية يستدعي نظراً في الموصى به وسفياً في تنفيذه ، وهو موجب للتصرف في ملك الغير ، فلا يصح إلا باذن المولى ، فتصح لزوال المانع ، ولا يخفى أن هذا إنما يتم فيما إذا

أوصى الى مملوك غيره .

وأما مملوك نفسه من قن أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد فنقل في الدروس عن الشيخ عدم الصحة ، وعن الشيخ المفيد وسائر أئمتها جوزا الوصية الى المدبر والمكاتب مطلقا ، وظاهر المختلف أن محل الخلاف أعسم من مملوك نفسه ، ولم يحضرني الآن ما يمكن تحقيق الحال منه ، اذا عرفت ذلك فاعلم أنه متى أذن له المولى في قبول الوصاية لم يكن له الرجوع من الأذن المذكور بعد موت الموصي ، وإن كان في حياته فله الرجوع بشرط إعلام الموصي ، والحكم هنا في المولى كما في الموصي الحر ، باعتبار التفصيل في الرجوع بين الموت والحياة بشرط الاعلام وعدمه ، فيصح الرجوع بشرط كون ذلك في الحياة ، وبشرط الاعلام ، ويبطل في ماعدا ذلك كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى بعد ذكر المسئلة ، والمولى هنا في حكم الوصي المذكور في ذلك ، وإن كان فعل ماتعلقت به الوصية منوطاً بالمملوك .

ومن جملة الشروط عندهم أيضاً الاسلام اذا كان الموصي مسلماً ، أو كافراً والوصية على أطفال المسلمين ، فلا تصح الوصية الى كافر وإن كان رحماً ، لأنه ليس من أهل الولاية على المسلمين ، ولأمن أهل الأمانة ، إلا أن يوصى الكافر الى مثله إن لم يشترط العدالة في الوصي ، وأما مع اشتراطها فهل يكفي عدالته في دينه أم تبطل مطلقاً ؟ وجهان : من أن الكفر أعظم من فسق المسلم ، ومن أن الغرض صيانة مال الطفل وإداء الأمانة ، وهو يحصل بالعدل منهم ، واضطرب كلام شيخنا الشهيد الثاني (قدس سره) هنا ، فرجح في المسالك الحكم بالصحة ، وفي الروضة المنع ، قال في المسالك : ويحتمل قوياً الحكم بصحتها مطلقاً مع عدالته في دينه ، لأن الغرض منها صيانة مال الطفل ، وحفظ حاله وإداء الأمانة ، وإذا كان الكافر في دينه مجانباً للمحرّمات ، قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب بخلاف فاسق المسلمين ، وقال في الروضة : والأقوى المنع بالنظر الى مذهبنا ، ولو أريد صحتها عندهم وعدمه فلا غرض لنا في ذلك ، ولو ترافعوا اليها فإن

رددناهم الى مذهبهم ، وإلا فاللازم الحكم ببطلاتها ، بناء على اشتراط العدالة ، اذ لا وثوق بعدالته في دينه ، ولا ركون الى أفعاله لمخالفتها لكثير من أحكام الاسلام ، انتهى .

وأطلق الأكثر كالمحقق في الشرايع والشهيد في اللعبة والدروس والعلامة في جملة من كتبه وغيرهم جواز وصية الكافر الى مثله ، مع أن المشهور عندهم اشتراط العدالة في الوصي ، وهو مؤذن بالقول بالاكتفاء بعدالة الكافر في دينه ، وبه يظهر رجحان ماقواه في المسالك .

ومن جهلتها البلوغ ، وقد تقدم الكلام في أنه لا تجوز الوصية الى الصبي إلا أن يكون منضماً الى بالغ ، وأنه لا يتصرف الصغير قبل البلوغ ، فاذا بلغ صار شريكاً ، وللبالغ الاستقلال بالتصرف مادام صغيراً ، قيل : وفائدة صحة الوصية الى الصغير منضماً مع عدم صحة تصرفه تأثير نصيبه في تلك الحال في جواز تصرفه بعد البلوغ .

أقول : ويدل على هذه الأحكام أعني صحة وصاية الصغير منضماً الى البالغ وصحة تصرف البالغ وحده قبل بلوغ الصبي ، وعدم جواز تصرف الصبي قبل البلوغ ما رواه المشايخ الثلاثة (قدس الله ارواحهم) عن علي بن يقطين (١) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأة وأشرك في الوصية معها صبياً ؟ فقال : يجوز ذلك وتمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي واذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل وتغيير فان له أن يرده الى ما أوصى به الميت » .

وما رواه المشايخ المذكورون في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (٢) « قال : كتبت الى أبي محمد عليه السلام : رجل أوصى الى ولده وفيهم كبار قد أدر كوا ، وفيهم صغار أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صحح على الميت

(١) والكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ٢٠١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٤ ح ٧٤٣

و ص ١٨٥ ح ٧٤٤ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٥ ح ١ و ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢

و ص ٤٣٨ ح ١ .

ج ٢٢ في صحة تصرف الوصي البالغ قبل بلوغ الصغير المنظم اليه ٥٦٥

بشهود عدول قبل أن يدر كوا الأوصياء الصغار ؟ فوقع عليه السلام نعم على الأكابر من الولدان أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك .

وما ذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه (١) حيث « قال عليه السلام : وإذا أوصى رجل الى امرأة و غلام غير مدرك ، فجائز للمرأة أن تنفذ الوصية ، ولا تنتظر بلوغ الغلام ، وليس للغلام اذا أرادت هي وأدرك الغلام أن يرجع في شيء مما أنفذته المرأة إلا ما كان من تغيير أو تبديل . »

وروى الصدوق في الفقيه عن علي بن الحكم عن زياد بن أبي الحلال (٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) هل أوصى الى الحسن والحسين مع أمير المؤمنين عليه السلام قال : نعم ، قلت : وهما في ذلك السن قال : نعم ، ولا يكون لغيرهما في أقل من خمس سنين ، وظاهر هذا الخبر المنع من الوصية الى الصبي قبل بلوغ خمس سنين ، ولم أطلع على قائل به ، والأخبار الدالة على الجواز غير مطلقة ، وظاهر الأصحاب الفتوى باطلاقها ، ومقتضى الجمع بين تقييد الجميع اطلاقها بهذا الخبر ، ويحتمل أن يكون المراد بالوصية الى الحسن والحسين بالنسبة الى ما يجري عليهما بعده من امتثال ما أمرهما به من الصبر ، والعمل بما وقع عليهما امتثالاً لوصيته ، (صلى الله عليه وآله وسلم) . »

بقي الكلام في أنه لومات الصغير أو بلغ فاسد العقل فالمشهور أن للبالغ الانفراد بالوصية ، ولا يداخله الحاكم ، وعكس بأن شركة الصبي مشروطة ببلوغه كاملاً ، ولم يحصل ، فيبقى الاستقلال الثابت له أولاً بالنص على حاله عملاً بالاستصحاب ، ومداخلة الحاكم مشروطة بعدم وجود الوصي المستقل ، وهو هنا موجود .

وقيل : باحتمال بطلان استقلاله بذلك ، لأن الموصي إنما فوض اليه الاستقلال

(١) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٦ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ٦١٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٣ .

الى حين بلوغ الصبي ، فكأنه جعله مستقلاً الى مدة مخصوصة لامطلقاً .
أقول : والظاهر أنه من هنا نقل عن العلامة في التذكرة والشهيد في الدروس
التردد في هذا الحكم ، وفي المسالك رجح الأول ، ثم قال : نعم لو بلغ رشيداً ثم
مات بعده ولو بلحظة زال الاستقلال ، لفقد شرطه .

الحاق :

ما ذكرنا من الصفات المشتركة في الوصي وهي الكمال والاسلام
والحرية وزاد بعضهم اهتداء الوصي الى فعل ما أوصى فيه ، وقد وقع الخلاف في
وقت اعتبارها على أقوال ثلاثة ، نقلها الشيخ في المبسوط :
الأول - أنها تعتبر حال الوصية ، لأنها حالة القبول والاستيمان والركون
اليه ، ومخاطبته بالعقد ، وحالة الوفاة ، لأنها حالة ثبوت التصرف له ، وهذا القول
اختيار الشيخ وابن اديس وظاهر اختيار المحقق .
الثاني - اعتبار حالة الوفاة لأنها حالة ثبوت الولاية ، ولا عبرة بالتقدم
لعدم نفوذ تصرفه حينئذ .

الثالث - اعتبارها في جميع الحالات من حين الوصية الى حين الوفاة ، عملاً
بالاحتياط ، وهذه الأقوال كلها مشتركة في اعتبار حال الوفاة ، وقد نقلها الشهيد
في شرح الارشاد ، وسيأتي ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق في ذلك .

الثالثة : لو أوصى الى اثنين فلا يخلو إما أن يشترط اجتماعهما ، وحينئذ
فلا يجوز لأحدهما أن يتفرد عن صاحبه بشيء من التصرف ، لأن الظاهر من شرط
الاجتماع أنه لم يرض برأي أحدهما منفرداً ، وبالجمله فان ولايتهما لم تثبت إلا
على هذا الوجه .

وإما أن يجوز لهما الانفراد ، ولا ريب أن تصرف كل منهما منفرداً جائز
بمقتضى الوصية ، لأن كل واحد منهما وصي مستقل ، ويجوز لهما حينئذ اقتسام

المال ، وتصرف كل منهما فيما يخصه ، ولكن ليست هذه القسمة حقيقة بل لكل منهما التصرف في نصيب الآخر ، لأن كلاهما وصي في المجموع ولهذا انه لافرق في القسمة بين كونها متساوية أو متفاوتة ، حيث لا تحصل بها ضرر .

ولما أن يطلق ، وهذا هو محل الاشكال والبحث ، فقل - وهو مذهب الشيخ في الاستبصار والمبسوط وقبله السدوق في الفقيه وغيرهما وعليه أكثر المتأخرين كالمحقق والعلامة والشهيد وغيرهم - : بأن الواجب الاجتماع ، لأن المفهوم من الاطلاق ارادة الاجتماع ، لو حصل الاشتباه ، فللقائل أن يقول ثبوت الولاية لهما مجتمعين معلوم ومتفق عليه ، وثبوتها لكل واحد منفرداً مشكوك فيه ومختلف فيه ، فالواجب الأخذ باليقين المؤيد بالاتفاق عليه ، ويرجع الى اصالة انتفاؤها عن كل واحد منفرداً .

وقيل - وهو مذهب الشيخ في النهاية - : بجواز الانفراد ، وهذا الاختلاف نشأ من اختلاف أفهامهم في روايات المسئلة .

ومنها ما رواه في الكافي في الصحيح عن محمد بن يحيى (١) قال : كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبي محمد عليه السلام : رجل مات وأوصى الى رجلين أيعوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة ، والآخر بالنصف ، فوقع عليه السلام : لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت ، وأن يعملوا على حسب ما أمرهما ان شاء الله تعالى .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن بريد بن معاوية (٢) قال : ان رجلاً مات وأوصى اليّ والى آخر أو الى رجلين فقال أحدهما لصاحبه : خذ نصف ماترك ، وأعطني النصف مما ترك فأبى عليه الآخر ، فسألوا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : ذلك له ، وهاتان الروايتان هما الدائرتان في كلام الأصحاب وهما محل البحث والاختلاف .

(١) والكافي ج ٧ ص ٤٦٠ ح ١ و ص ٤٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٥ ح ٧٤٥ و ٧٤٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥١ ح ٥٢٣ و ٥٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٠ ح ١ و ٣ .

وقال عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) وإذا أوصى رجل الى رجلين فليس لهما أن ينفرد كل منهما بنصف التركة ، وعليهما انفاذ الوصية على ما أوصى الميت ، وبهذه العبارة عبر الشيخ علي بن الحسين بن بابويه على ما نقله عنه في المختلف .

قال في الفقيه بعد نقل حديث الصفار ، وهذا التوقيع عندي بخطه عليه السلام وعليه العمل ، ثم قال بعد ايراد الخبر الثاني : لست أفتى بهذا الحديث بل أفتي بما عندي بخط الحسن بن علي عليه السلام ولو صح الخبران جميعاً لكان الواجب الأخذ بقول الأخير كما أمر به الصادق عليه السلام .

قال الشيخ في التهذيب ونعم ما قال : راداً على الصدوق ظن أنهما متنافيان ، وليس الأمر على ما ظن ، لأن قوله عليه السلام : ذلك له ، يعني « في الحديث الأخير » أن له أن يأبى عليه ولا يجيبه الى ملتصقه . . . فلا تنافي .

أقول : والصدوق (رحمة الله عليه) ظن رجوع الاشارة الى صدر الخبر المتضمن لطلب أحدهما القسمة وأن الامام عليه السلام جوز ذلك له ، وهو بعيد جداً ، بل الحق هو رجوع الاشارة الى الامتناع من القسمة ، فيكون موافقاً للخبر الأول ، فانه ظاهر في عدم جواز القسمة ، وأن مقتضى الاطلاق بجعلهما وصفين هو الاجتماع . والظاهر أن الشيخ في النهاية انما قال : بجواز الانفراد ، تعويلاً على رواية يريد المذكورة ، بحمل الاشارة فيها على الرجوع الى صدر الخبر ، كما توهمه الصدوق (رحمة الله عليه) ، ولكنه في التهذيبين رده بما عرفت .

وبالجملة فالظاهر من الخبرين المذكورين هو ما ذكره الشيخ في كتابي الأخبار وهو وجوب الاجتماع ، وعدم جواز الانفراد ، وأصرح منهما في ذلك كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي .

وأما ما ذكره في المسالك من عدم دلالة رواية الصفار على وجوب الاجتماع ، قال : لأن لفظ لا ينبغي ظاهراً في الكراهة لا الحظر ، ففيها دلالة على جواز الانفراد

على كراهة ، وتبقى تلك مؤيدة لها كما فهمه الشيخ في فتوى النهاية ، فانه أجود مما فهمه في التهذيب ، مع أن المتأخرين كالعلامة في المختلف ومن بعده فهموا من الرواية المنع من الانفراد ، واستحسنوا حمل الرواية الاخرى على ما ذكره الشيخ (رحمة الله عليه) ، وربما رجح الحمل بأن الاباء أقرب من القسمة ، فعود اسم الاشارة اليه أولى ، وفيه أن الاشارة بذلك الى بعيد فحملة على القسمة أنسب باللفظ ، انتهى .

ففيه : أولاً - أن ما ذكره من أن لفظ لا ينبغي ظاهر في الكراهة ان اراد باعتبار العرف الجاري بين الناس الآن فهو كذلك ، ولكن لاحجة فيه ، وان اراد باعتبار عرفهم عالمهم فهو ممنوع ، فإن ورود لا ينبغي في التحريم وينبغي في الوجوب أكثر كثير في الأخبار ، كما لا يخفى على من جاس خلال الديار ، وقد حققنا في غير موضع مما تقدم ، سيما في كتاب العبادات ، ان هذا اللفظ من الألفاظ المتشابهة بحسب العرف الشرعي والحمل على أحد معنيه يحتاج الى القرينة ، والقرينة هنا واضحة في التحريم ، وأن لا ينبغي بمعنى لا يجوز ، لأن مرجع الكلام ومحصله الى النهي عن مخالفة الميت ، ولا ريب أن المخالفة محرمة ، لأنها متضمنة للتبديل المنهي عنه في الآية ، واذا ثبت أن المخالفة محرمة علم أن لفظ « لا ينبغي في المقام » بمعنى لا يجوز ، كما هو واضح ، ويؤكد قوله ثانياً « ويعملا على حسب ما أمرهما » وفي الجميع اشارة الى أن القسمة والانفراد المستول عنه في الخبر مخالفة للميت فيما أمر به ، وأنهما متى فعلا ذلك لم يعملوا على حسب ما أمرهما ، ومنه يعلم أن مقتضى الاطلاق هو الاجتماع كما ذكرنا سابقاً .

وثانياً - أن ما ذكره في ترجيح عود الاشارة الى القسمة - من أن الاشارة في الخبر وقعت بلفظ ذلك ، وهي أنسب بالحمل على البعيد ، فتكون الاشارة راجعة الى القسمة - مردود ، بأن الذي في الرواية انما هو الاشارة بذاك التي هي للقريب ، لا بذلك كما توهمه (قدس سره) فتكون الاشارة راجعة الى الامتناع ،

لأنه هو الأقرب ، هذا مع الجري على مقتضى هذه المضايقات البعيدة ، وإلا فباب المجاز في الكلام أوسع من أن يتطرق إليه هذا الالتزام ، سيما مع ظهور الحكم من الأخبار بما عرفت من التحقيق ، وإلى بعض ما أوردناه عليه أولاً تنبه أخيراً فعدل إلى القول بالتحريم .

وأما ما ذكره في الوافي اعتراضاً على الشيخ في الاستبصار أنه لو لا تفسير الحديث بما فسر له لكانا متنافيين ، وليس الأمر على ما ظن ، لأن حديث الصغار ليس نصاً على المنع من الانفراد ، لجواز أن يكون معناه أنه ليس عليهما إلا انفاذ وصاياه على ما أمرهما ، وإن لا يخالفا فيها أمره فرداً أو اجتماعاً ، أو يكون معناه أنه إن نص على الاجتماع وجب الاجتماع ، وإن جوز الانفراد جاز الانفراد ، وبالجمله إنما الواجب عليهما أن لا يخالفا ، انتهى .

فلا يخفى ما فيه ، ولو لا أنه اعترف بعد هذا الكلام بما أشرنا إليه ، فقال في تنمة الكلام المذكور : إلا أن ما ذكره صاحب الاستبصار هو الأحسن والأوفق والأصوب . انتهى ، لأوضحنا ما فيه ، وقد تلخص مما ذكرناه وجوب الاجتماع في صورة الإطلاق ، كما هو الأشهر الأظهر ، فشرط الاجتماع لو وقع حينئذ محمول على التأكيذ ، والمراد بوجوب اجتماعهما في صورتين اتفاقهما ، وأن لا يصدر شيء من الأمور الموصى بها إلا عن اتفاق منهما على كونه مصلحة ، وإذا توقف على عقد وقع من أحدهما باذن الآخر ، أو أذنا لثالث .

وتمام تحقيق البحث في المقام يتوقف على بيان أمور : الاول : إذا تشاح الرصيان في صورة وجوب الاجتماع عليهما من الإطلاق ، بناء على الأشهر الأظهر أو في صورة اشتراط الموصى بهما تمانعا ، وأبى كل واحد على صاحبه ما يريد ، فقد أطلق جمع منهم الشيخ في المبسوط عدم جواز تصرف أحدهما ، والوجه فيه ظاهر ، لأن الموصى لم يرض برأى أحدهما منفرداً فيكون تصرفه حينئذ تصرفاً بغير اذن ، كتصرف الأجنبي .

واستثنى جماعة منهم المحقق ما تدعو الحاجة اليه ، ولا يمكن تأخيرها الى وقت الاتفاق ، من نفقة اليتيم والرقيق والدواب ، ومثله شراء كفن الميت ، وزاد بعضهم قضاء ديونه ، وانفاذ وصية معينة ، وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع .

وفصل العلامة في القواعد ، ففرق بين صورة الاطلاق في الوصية ، وبين صورة النهي عن الانفراد ، فاحتمل ضمان المنفرد في الصورة الثانية ، وجوز ما لا بد منه في الصورة الأولى ، وحمل كلام الاصحاب على ذلك .

وأورد عليه بأن من الأصحاب من صرح بعدم الفرق بين الحالين ، فلا يمكن حمل كلامه على ما ذكره من التفصيل ، وبأن حالة الاطلاق ان حملت على ارادة الاجتماع كما فهمه الأكثر فلا فرق بينهما وبين حالة النهي عن الانفراد إلا باعتبار التأكيد في هذه دون تلك كما تقدمت الاشارة اليه ، فلا وجه للفرق بالكلية حينئذ ، وقيل : ويضمن المنفرد مطلقا ، وهو الأوفق بالعلّة المتقدمة ، ونقل عن أبي الصلاح أنه مع التشاح يرد الناظر في المصالح الأمر الى من كان أعلم بالأمر وأقوى عليه ، ويجعل الباقي تبعاً له ، وفيه ما عرفت من أن الموصي لم يوص برأي أحدهما منفردا ، حيث أمر بالاجتماع إتما بالتصريح به ، أو لكونه مقتضى الاطلاق كما عرفت ، فكيف يخص به أحدهما ، وان كان أعلم أو أقوى وقد منعه الموصي من ذلك .

ثم انه قد صرح بجملة من الأصحاب بأنه مع التشاح والتعاسر منهما يجبرهما الحاكم على الاجتماع ، فان اتفق وإلا استبدل بهما ، وهو على اطلاقه مع القول باشتراط العدالة في الوصي كما عليه الأكثر لا يخلو من الاشكال ، لأنه بالتشاح والتعاسر منهما مع امكان الاجتماع وانما قصدا بذلك محض العناد من كل منهما للآخر يثبت فسقهما الموجب لعزلهما عن الوصية ، فيجب أن يستبدل الحاكم بهما ، لأنه يجبرهما على الاجتماع ، والحال كما عرفت .

ولقد أحسن ابن ادريس هنا حيث قال في مسألة التشاح : وان ناقض نفسه بما ذكره في المسئلة الأولى قال : ان تشاحا في الوصية والاجتماع لم تنفذ بشيء مما تصرفا فيه ، الى أن قال : وللناظر في أمور المسلمين الاستبدال بهما ، لأنهما حينئذ قد فسقا ، لأنهما أخلا بما وجب عليهما القيام به ، وقد يستأن أن الفسق يخرج الوصية من يده ، انتهى مع أنه في مسألة اشتراط العدالة وعدمه ، صرح أولاً بالاشتراط ، ثم عدل عنه في آخر كلامه ، فقال : والذي يقتضيه أصول مذهبنا ويشهد به أصولنا ورواياتنا أن العدالة في الوصى ليست شرطاً في صحة الوصية ، للاجماع على صحة ايداع الفاسق وهي أمانة فكذا الوصية ، انتهى ، ثم عقب ذلك بمسئلة الوصيين ، وقال فيها ما عرفت ، وجميع في موضع واحد ، وربما أمكن فرض التشاح من غير استلزام الفسق فيما اذا اختلف رأيهما في وجه المصلحة مثلا ، فلا يمكنهما الاجتماع على رأي واحد ، لأن كل واحد مكلف بما يقتضيه رأيه من الحكم ، وينبغي أن يستثنى هذا من محل البحث المذكور ، فانه لا يمكن اجبار الحاكم هنا لهما على الاجتماع ، وعلى هذا يخص محل البحث بما يمكن فيه الاجتماع ويكون التشاح ناشياً عن التشهي والميل الطبيعي كأن يريد أحد الوصيين تفرقة صدقة المال الموصى به لذلك على أناس مخصوصين ، ويريد الآخر غيرهم مع تساوى الجميع في الاستحقاق ، أو أراد أحدهما شراء نوع من المأكول والملبوس للم طفل ، وأراد الآخر غيره مع التساوى في المصلحة ، ونحو ذلك فان هذا هو محل البحث .

ونقل عن العلامة في التذكرة أنه بالغ في المسئلة ، وصرح بأنهما لا ينعزلان بالاختلاف ، وأن اللذين أقامهما الحاكم نائبان عنهما وهو عجيب ، والله العالم .

الثاني : قالوا : لو مرض أحدهما أو عجز ضم اليه الحاكم من يقويه ، وهذه العبارة لا تخلو من الاجمال ، وتعدد الاحتمال ، فيحتمل أن يكون المراد

ج ٢٢ في وجوب ضم الحاكم الى أحد الوصيين لو تعذر الآخر ٥٧٣

منها أن المضموم اليه هو المريض والعاجز بأن يكون الضمير في «اليه» و«يقويه» راجعاً الى المريض، والعاجز، بمعنى أن الحاكم يضم اليهما شخصاً يقويهما ويعينهما على التصرف، ويساعدهما على ذلك، فإن المرض والعجز لا يخرجهما عن الوصاية، لجواز الوصية ابتداء الى المريض والعاجز، فكما لا يقدح في الابتداء، كذا لا يقدح في الاستدامة، وأيضاً على هذا فيعتبر اجتماع الثلاثة في التصرف.

ويحتمل أن يكون المراد أن المضموم اليه هو الوصي الآخر المدلول عليه بأحدهما ضمناً، وحينئذ يكون الضمير في «اليه» وفي «يقويه» راجعاً الى الوصي الآخر المشار اليه، وعلى هذا يراد بالعجز والمرضى البالغين حد المنع وعدم امكان التصرف، وبهذا صرح في الدروس فانه جعل الضميمة مع عجز أحدهما كما لو جن أو فسق، ومن الظاهر أن جعل العاجز والمريض كالمجنون والفسق اللذين لا وصاية لهما يعطى بلوغ العجز والمرضى الى حد يمنع من القيام بشيء من الوصايا، فيكون المضموم اليه هو الوصي الآخر البتة.

وبالجملة فانه ينبغي أن يكون المدار في ذلك على مرتبتي العجز والمرضى، فان بلغتا إلى حد العجز الكلي وهو الحد الذي يمنع من القيام بشيء من الوصايا، فانه يكون للضم الى الوصي الآخر، وإلا فان الضم الى المريض والعاجز، لأن العجز والمرضى إنما يمنع عن القيام بالجميع مع ثبوت أصل القدرة، فيكون المضموم اليهما مساعداً لهما في الأشياء التي تضعف عنها قوتهما، وعلى هذا فتكون الأوصياء ثلاثة، كما تقدم.

الثالث: قالوا: لو مات أحد الوصيين أو فسق لم يضم الحاكم الى الآخر. وجاز له الانفراد، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود وصي، وتردد فيه بعضهم.

أقول: ينبغي أن يعلم أن ذكر الموت والفسق إنما خرج مخرج التمثيل، والمعنى أنه لو تعذرت مشاركة أحد الوصيين للآخر على الاجتماع، لأحد الموانع

كموت أو فسق أو عجز كلي أو جنون أو غيبة بعيدة ، فالمشهور هو أن الحاكم في ذلك ما ذكر من استقلال الآخر بالوصية ، من غير أن يضم إليه الحاكم بدلاً من الوصي الآخر ، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي ، وهو هنا موجود ونصب الآخر معه لا يخرج من كونه وصياً ، ولهذا يقال : نصب وصيين ، هكذا قيل .
وفيه أن الظاهر من نصب الوصيين الذي قد عرفت آنفاً أن مقتضاء الاجتماع ، وهو أن الموصي لم يرض برأي أحدهما منفرداً كما تقدم ذكره ، فتصرفه وحده مناف لمقتضى الاجتماع المفهوم من الإطلاق ، ومنه يعلم أنه مناف لغرض الموصي . وقولهم أنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي مسلم لو كان الوصي منفرداً ، وأما في صورة الاشتراك فهو ممنوع ، وصدق وجود الوصي حقيقة هنا ممنوع ، بل الموجود جزء وصي ، وإطلاق الوصي عليه مجاز ، وبه يثبت المنع من انتفاء ولاية الحاكم هنا ، بل الولاية له ثابتة ، لأن ولايته تتعلق بما لا يشرع انفاده لغيره من أحكام الميث ، وهو هنا كذلك .

قال في المسالك : والأقوى وجوب الضم ، وليس للحاكم أن يفوض إليه وحده ، وإن كان عنده صالحاً للاستقلال ، لأن الموصي لم يرض برأيه وحده ، وعند وجود إرادة الموصي لا تعتبر إرادة الحاكم ، لأن ذلك كمنعه من كونه وصياً بالانفراد ، فلا يتخطاه الحاكم ، انتهى وهو جيد .

الرابعة : لاختلاف بين الأصحاب (رضي الله عنهم) في أن للموصي أن يرد الوصاية مادام الموصي حياً بشرط أن يبلغه ذلك ، فلو مات الموصي قبل الرد أو بعده ولم يبلغه لزمه القيام بها ، وبذلك تكاثر الأخبار .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة (طيب الله تعالى مراقيدهم) عن محمد بن مسلم (١) في الصحيح «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته ، فإن أوصى إليه ، وهو بالبلد ، فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل» .

(١) الكافي ج ٧ ص ٦١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٥ ح ٨١٤ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٨ ح ١ .

والمراد أنه مات الموصى في تلك الغيبة ، قبل أن يعلمه الوصى بالقبول أو عدمه ، فانه يجب عليه القيام بالوصاية ، وان لم يقبل .

وما رواه في الكافي والفقيه عن فضيل بن يسار (١) في الصحيح «عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يوصى اليه فقال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه» .

والتقريب فيه ما تقدم في سابقه ، بمعنى أنه لو مات الموصي بعد البعث وقبل وصول الجواب اليه بالقبول وعدمه ، وحاصله أنه اذا أوصى اليه والوصي غائب عن البلد ، ثم مات لزمه القيام بالوصية قبل أو لم يقبل ، وان أوصى اليه وهو حاضر فانه مخير بين القبول وعدمه ، لأن المصنوع يوجد فيه غيره .

وعن منصور بن حازم (٢) «عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أوصى الرجل الى أخيه ، وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته ، لأنه لو كان شاهداً فابى أن يقبلها طلب غيره» .

وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الفضيل (٣) . وكذلك الشيخ في التهذيب «عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يوصى اليه ؟ قال : اذا بعث بها من بلد اليه ، فليس له ردها» .

وقال في كتاب الفقه الرضوي (٤) «واذا أوصى رجل الى رجل وهو شاهد فله أن يمتنع من قبول الوصية ، وكان الموصى اليه غائباً ، ومات الموصي من قبل أن يلتقي مع الموصى اليه ، فان الوصية لازمة للموصى اليه» .

(١) الكافي ج ٧ ص ٦ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٥ ح ٨١٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٧ .

(٢) والكافي ج ٧ ص ٦ ح ٣ و ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٦ ح ٨١٦ و ٨١٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٠ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٨ ح ٢ و ٣ و ص ٣٩٩ ح ٥ .

(٤) المستدرک ج ٢ ص ٥٢٢ الباب ٢١ ح ٢ .

أقول : وهذا الخبر مبين لما أجمل في الأخبار المتقدمة كما ذيلناها به ، وتحقيق الكلام في المقام أنك قد عرفت فيما تقدم أن الوصية من العقود الجائزة في حياة الموصي فلكل من الموصي والموصى له بمال ونحوه ، والموصى اليه بالولاية ، فسخها في حياة الموصي اجماعاً .

وأما بعد موته فان قبل كل من الموصي له والموصى اليه فليس له الرد اتفاقاً ، وان لم يقبل في حال الحياة جاز له الرد بعد وفاته ، إلا أنه في الموصى اليه مشروط بأن يبلغ الموصي ويعلمه الرد في حال حياته ، فلولم يعلمه ذلك في حال الحياة لزمه القيام بذلك ، ولم يكن لرده أثر يترتب عليه ، هذا هو المشهور .

وعليه تدل الأخبار المذكورة ، لأنها كما عرفت متفقة في أنه لو كان الموصى اليه غائباً ومات الموصي بعد الوصية فليس له الرد ، سواء بلغه الخبر وردها ، ولكن لم يبلغ الرد الموصى أو لم يبلغه الخبر إلا بعد موت الموصي ، فانه ليس له الرد ، بل يجب عليه القبول ، وحينئذ فالحكم في هذه الصورة كما في الصورة الأولى أعني موت الموصى بعد قبول الوصي ، فانه ليس للوصي الرد بعد موته اتفاقاً .

وذهب العلامة في التحرير والمختلف الى أنه يجوز له الرجوع ما لم يقبل ، قال في المختلف : أطلق الأصحاب عدم جواز رد الوصية اذا لم يعلم الوصى بها حتى يموت الموصي ، أو يعلم ويرد ، ولما يعلم الموصي بالرد ، لروايات كثيرة ثم نقل رواية منصور بن حازم ، وصحيفة محمد بن مسلم قال : والوجه عندي المصير الى ذلك ان كان قد قبل الوصية أولاً ، وان لم يكن قبل ولا علم جاز له الرجوع ، للأصل ، ولإزالة الضرر الواصل بالتحمل غير المستحق ، وقد قال الله تعالى (١) « ما جعل عليكم في الدين من حرج » وقال ﷺ (٢) « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » وتحمل الأحاديث على حصول القبول ، لأنه عقد ولا بد فيه من القبول ،

(١) سورة الحج - الآية ٧٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩ ح ٢ ، الرسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣ .

وقد نبه الشيخ في المبسوط وفي مسائل الخلاف ، عليه ، فقال : اذا قبل الوصية له أن يردّها مادام الموصي حيا ، فإن مات فليس له ردها ، واستدل باجماع الفرقة ، وبأن الوصية قد لزمته بالقبول ، انتهى .

وقال في الدروس بعد ذكر القول المشهور في المختلف : يجوز الرد اذا لم يعلم بالوصية حتى مات ، للحرج والضرر ، ولم نعلم له موافقاً عليه ، انتهى .

أقول : يظهر من شيخنا في المسالك الميل الى ما ذكره العلامة هنا حيث قال بعد ذكر القول المشهور : وأن الأصحاب استندوا فيه الى الأخبار التي قدمنا هنا ، ثم نقل قول العلامة ودليله ما هذه صورته : ، والحق أن هذه الأخبار ليست صريحة في المدعى ، لتضمنها أن الحاضر لا يلزمه القبول مطلقا ، والغائب يلزمه مطلقا ، وهو غير محل النزاع ، نعم في تعليل الرواية المتقدمة ايماء الى الحكم ، إلا أن اثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعية باثبات حق الوصاية على الموصى اليه على وجه القهر ، وتسليط الموصي على اثبات وصيته على من شاء ، بحيث يوصي ويطلب من الشهود كتمان الوصية الى حين موته ، ويدخل على الوصي الحرج والضرر غالباً بمجرد هذه العلّة المستندة الى سند غير واضح بعيد ، ولو حملت هذه الأخبار على سبق القبول ، أو على شدة الاستحباب كأن أولى ، ولو حصل للموصي ضرر ديني ، أو دنيوي أو مشقة لا يتحمل مثلها عادة أو لزم من تحملها عليه مالا يليق بحاله من شتم ونحوه قوي جواز الرجوع ، انتهى .

أقول : قد عرفت مما ذيلنا به بعض الأخبار المتقدمة وبه صرح العلامة في كتاب الفقه الرضوي أن حكمه ^{عليه} في تلك الأخبار على الغائب بأنه يلزمه القيام بالوصية متى أوصى اليه في حال الغيبة ومات الموصي أعم من أن يكون الوصي قد قبل الوصية لما بلغه الخبر أو لم يقبل ، فانه لا أثر لعدم قبوله بعد موت الموصي ، أما على الأول فظاهر ، وهو مما لا خلاف فيه ، وأما على الثاني وهو محل الخلاف ، فظاهر هذه الأخبار ، فانها دلت كما عرفت على أنه بالوصية اليه حال

غيبته وموت الموصى يجب على الوصى القيام بالوصية ، رضى بالوصية أو امتنع ، فان امتناعه لأثر له بعد موت الموصى وهذا هو محل الخلاف .
وأما اذا كان حاضراً للوصية مشافهاً لها ، فانه لا يلزمه القبول ، وله أن يردّها ولاخير فيه ، لأن الموصى حي .

وحينئذ فكيف يتم قوله « أن ما تضمنته الأخبار غير محل النزاع وأنها غير صريحة في المدعى » وقد عرفت من كلام العلامة ومن كلامه هو أيضاً أن محل النزاع هو أن يثبت للموصى الزام بالقيام بوصيته مع عدم قبوله ، ولا علمه بذلك ، بل يكون قهراً عليه ، وهذا هو الذي دلّت عليه الأخبار بالتقريب الذي ذكرناه ، ولهذا أن غيره من الأصحاب كالعلامة في المختلف وغيره ممن قال بالقول المشهور متفقون على دلالة الأخبار على القول المذكور ، وهو الذي فهموه منها ، وغاية ما يتمسك به العلامة معارضتها بالأدلة الدالة على نفي الضرر والخرج ، فتأول الأخبار المذكورة جمعاً بين الأدلة بالحمل على القبول ، وهو الظاهر من كلامه أيضاً ، وهو زاد احتمال الحمل على شدة الاستحباب .

وأنت خير بما في التأويلين المذكورين من البعد ، وأما المعارضة بالأدلة على نفي الضرر والخرج ، فإننا نمنع حصول الضرر والخرج بمجرد الوصية اليه ، وإلا للزم عدم جواز قبول الوصاية مطلقاً ، فانه لا يجوز للإنسان أن يلقي نفسه في الضرر ، لو كان مجرد الوصية اليه يستلزم ذلك ، نعم لو فرض اتفاق ذلك في بعض الموارد كما فرضه (قدس سره) في آخر كلامه ، فانه يجوز له الرجوع دفعاً للضرر عن نفسه ، وبه يحصل الجمع بين أخبار الضرر وأخبار المسئلة ، ولا يحتاج الى ما ذكره من التأويلين البعيدين .

وأما ما ذكره من أن اثبات هذا الحكم مخالف للأصول الشرعية باثبات حق الوصاية على الموصى اليه على وجه القهر الى آخر كلامه في ذلك .
ففيه أنه اذا ثبت ذلك بالأدلة الصحيحة كما عرفت من هذه الروايات مع

صحتها باصطلاحهم من غير معارض لها في البين ، فانه يجب تخصيص الأصول التي ذكرها بهذه الأخبار ، اذا ما من عام إلا وقد خص ، ولم يبق حينئذ إلا مجرد الاستبعاد العقابي الذي فرضه ، وهو غير مسموع في مقابلة الأخبار ، سيما مع صحتها وتكاثرها ، ووضوح دلالتها كما فصلناه ، والله العالم .

الحاق :

قال الصدوق : اذا دعى الرجل ابنه الى قبول وصيته فليس له أن يأبى واذا أوصى رجل الى رجل فليس له أن يأبى ان كان حيث لا يجد غيره ، واذا أوصى رجل الى رجل وهو غائب عنه ، فليس له أن يمتنع من قبول وصيته .

أقول : أمّا الحكم الأول فيدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مرافدهم) عن علي بن الريان (١) « قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام رجل دعاه والده الى قبول وصيته هل له أن يمتنع من قبول وصيته ؟ فوقع عليه السلام : ليس له أن يمتنع » .

وأما الثاني فالظاهر أن الدليل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة أيضاً في الصحيح أو الحسن عن هشام بن سالم (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصي الى الرجل بوصية فأبى أن يقبلها ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام لا يخذله على هذه الحال » .

وظاهره (قدس سره) حمل الخبر على وجوب القبول ، ولذا قيده بأن لا يجد غيره ، وفيه تأييد لما ذكرناه ردّاً على شيخنا المتقدم ذكره ، وينبغي تقييد كلامه بما قيدت به الأخبار المتقدمة من موت الموصي بعد الوصية والعلامة في المختلف حمل القبول في الأولين أولاً على شدة الاستحباب ، ثم قال : على أن امتناع الولد نوع عقوق ، ومن لا يوجد غيره يتعين عليه ، لأنه فرض كفاية ، وبالجمله فأصحابنا

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٧ ح ٦ و ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٦ ح ٨١٩ و ٨١٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٤٩٨ و ٤٩٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٠ الباب ٢٤ و ص ٣٩٩ ح ٤ .

لم ينصوا على ذلك ، ولا بأس بقوله ، انتهى .

وفيه عدول الى القول بوجوب القبول ، وفي حكمه - بكون القبول فرض كفاية يتعين مع عدم وجود فرد آخر - ما يوجب الايراد عليه فيما تقدم نقله عنه من عدم وجوب قيام الموصى اليه بالوصاية بعد موت الوصى ، اذا أوصى اليه وهو غائب وان لم يعلم ، ولم يقبل ، لأن وجوب قبول الوصية كفاية انما هو حال حياة الموصى أما بعد موته فانها يتعين فيمن أوصى اليه كما لو لم يكن غيره حال الحياة ، فانه يصير القبول واجباً عينياً .

الحاق آخر :

قد عرفت أنه يشترط في جواز الرد في الحياة بلوغ الخبر الموصى ، لكن يبقى الكلام في أنه لو بلغه الخبر ، ولم يمكنه اقامة وصي غيره ، فهل يكفي في جواز الرد مجرد بلوغ الخبر وان لم يوجد وصي غيره ، أو لابد من تقييده بامكان وجود وصي آخر عوض الأول ؟ وظاهر اطلاق الفتاوى الأول ، وظاهر النصوص الثانی .

ومنها صحيحة هشام بن سالم أو حسنته المتقدمة ، وقوله عَلَيْهِ فيها « لا يخذله على هذه الحال » ، وقد عرفت حملها على عدم وجود غيره ، كما صرح به الصدوق وغيره .

ومنهم العلامة في المختلف كما تقدم ، والشهيد في الدروس ، ومقتضاها كما عرفت أنه مع عدم وجود الغير لا يجوز له الرد ، ويشير الى ذلك قوله عَلَيْهِ في صحيحة الفضيل بن يسار المتقدم « وان كان في مصر يوجد غيره فذاك اليه » وقوله في صحيحة منصور بن حازم « لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها يطلب غيره » فانهما ظاهران في تعليق جواز الرد على وجود الغير ، فلو لم يوجد الغير لقبول الوصية لم يجز له الرد ، والله العالم .

الخامسة : لاختلاف بين الأصحاب (رضي الله عنهم) في أن الوصي أمين ، لا يضمن ما بيده من الأموال التي تعلقت بها الولاية إلا بتعد أو تفريط ، وينبغي أن يكون المدار في التعدي وعدمه على مخالفة شرط الوصية وعدمها ، فلو ركب الدابة أو لبس الثوب لالغرض يعود الى الطفل أو نفع يترتب عليه ، كان ذلك تعدياً لأن مقتضى الوصية حفظهما أو بيعهما وصرفهما في الجهة المأمور بها ، فتصرفه فيها كذلك لأغراض نفسه تعد البتة .

أما لو تعلّق بذلك غرض يعود الى الطفل ، كأن يركب الدابة للمضي في حوائج الطفل من استيفاء دينه ، أو جمع حواصله أو نحو ذلك ، ولبس الثوب لدفع الضرر عنه باللبس ، كما في ثياب الصوف ونحوها في أوقات الحر ونحو ذلك ، فانه لا يكون تعدياً ، بل ربما صار في بعض الأفراد واجباً عليه اذا علم حصول الضرر بدون ذلك .

وظاهر كلامهم أن غاية ما يوجب التعدي والتفريط وجوب الضمان عليه مع بقائه على الوصاية ، ولا يوجب ذلك عزله ، مع أنهم قد صرحوا بأنه ان ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله ، والظاهر أن التعدي والتفريط نوع خيانة أيضاً إلا أنهم لم يصرحوا بذلك ، بل ربما ظهر من كلامهم في الحكم الأول عدم كون ذلك خيانة ، فينبغي التأمل في ذلك ، ثم ان ما ذكرناه من أنه متى ظهرت منه خيانة وجب على الحاكم عزله ، ونصب غيره ظاهر فيما لو لم يشترط عدالة الوصي فان للحاكم أن يعزل الخائن مراعاة لحق الأطفال ، ومصارف الصدقات ، ونحوها من تنفيذ الأمور الموصى بها .

وأما على تقدير اشتراط العدالة كما هو المشهور ، فانه ينعزل بنفس الفسق وان لم يعزله الحاكم ، ولعل المراد بعزل الحاكم في كلامهم ما هو أعم من قوله عزلتك كما هو الحكم بالنسبة الى القول الأول أو منعه من التصرف ، لأنه قد انعزل بنفس الفسق كما هو القول الثاني ، فالمراد بعزله يعني منعه من التصرف ،

ولو عجز الوصي عن القيام بما أوصى به إليه ، قالوا : ضم إليه الحاكم من يساعده .
وظاهر كلامهم أنه لا فرق في العجز بين أن يكون عن الاستقلال بالوصية
حال الوصية إليه ، أو تجدد بعد الوصية قبل موت الموصي أو بعده ، وبه صرح
في التذكرة على ما نقل عنه حيث قال : الظاهر من مذهب علمائنا جواز الوصية
إلى من يعجز عن التصرف ، ولا يهتدى إليه لمشقة أو هرم أو غيرهما ، ويجبر
نقصه بنظر الحاكم ، انتهى .

وعلى هذا فكما لا تبطل الوصية بالعجز الطارى كذا لا تبطل لو كان متصفاً
به ابتداءً ، ولا يخلو من اشكال ، لأن الوصية إليه مع العلم لعدم إمكان قيامه بذلك
لأفائدة فيها ، ولا يترتب عليها أثر ، فكيف يحكم بصحتها ، وضم الحاكم بعد ذلك
شخصاً آخر للقيام بها يكون من قبيل نصبه وصياً لمن لم يوص بالكلية ، فلا أثر
له في صحة الوصية الأولى .

والى ما ذكرنا يميل كلام شيخنا الشهيد في الدروس حيث انه توقف في
صحة الوصية إلى العاجز ابتداءً ، فقال : ففي بطلانها من رأس ، وصحتها ويضم
الحاكم إليه مقوياً نظراً ، ينشأ من وجوب العمل بقوله ما أمكن ، ومن عدم
الفائدة المقصودة بالوصية ، انتهى .

أقول : لا ريب أن وجوب العمل بقوله إنما يتم مع ترتب الأثر المقصود
من الوصية عليه ، وإلا فمتى لم يترتب عليه أثر كما هو المفروض ، فانه لا معنى
لهذا الوجوب بالكلية .

وأما ما ذكره في المسالك في الاستدلال على ما ذكره الشهيد من أنه يمكن
منع عدم الفائدة على هذا التقدير ، لجواز أن يكون العاجز ذا رأي وتدبير
ولكنه عاجز عن الاستقلال ، فيفوض إليه الموصي أمره لذلك ، ويعتمد في اتمام
الفعل على نصب الحاكم له معيناً ، فتحصل الفائدة المطلوبة من الوصية ، ويسلم
من تبديلها المنهى عنه .

ج ٢٢ في عدم جواز أخذ الوصي ماله على الميت من تحت يده إلا بالبينة ٥٨٣

ففيه أولاً أن المفروض في كلامهم كما سمعت من عبارة التذكرة « يعجز عن التصرف ولا يهتدى إليه » هو العجز عن ذلك بجميع أنواعه في رأي كان أو فعل ، والعاجز عن الاستقلال مع كونه ذا رأي وتدير في قوة العاجز عن البعض مع القدرة على البعض ، وهو خلاف محل البحث .

وثانياً أن الاعتماد على نصب الحاكم أمر خارج عن الوصية ، لأنه كما عرفت في قوة نصب وصي لمن لا وصي له بالكلفة ، ومحل البحث إنما هو وصية الوصي على هذا الوجه الذي لا يترتب على وصيته أثر بالكلفة ، لأن الوصية إلى العاجز الذي يعلم عدم قيامه بشيء مما يوصى به إليه في قوة العدم ، ومن المقتطوع به عقلاً أن مثل هذا لا يصدر عن عاقل ، وإنما هو فرض ذكره .
وبالجملة فما ذكره من الصحة لا أعرف له وجهاً وجيهاً ، والمسئلة باقية في قالب الاشكال وللتوقف فيها مجال ، والله العالم .

السادسة : قال الشيخ في النهاية : إذا كان للوصي على الميت مال لم يجز له أن يأخذه من تحت يده ، إلا ما تقوم له به البينة ، وتبعه ابن البراج ونازعه ابن ادريس في ذلك ، فقال : هذا خبر واحد أورده (رحمه الله) إيراداً لا اعتقاداً والذي يقتضيه أصول مذهبنا أنه يأخذ من ماله في يده ، لأن من له على انسان مال ولا بينة له عليه ، ولا يقدر على استخلاصه ظاهراً ، فله أخذ حقه باطناً ، لأنه يكون بأخذ ماله من غير زيادة عليه محسناً ، لا مسيئاً ، وقد قال الله تعالى (١) « ما على المحسنين من سبيل » ، انتهى .

وبما ذكره ابن ادريس صرح الشهيد في الدروس واللمعة ، وظاهر المحقق في الشرايع الميل الى ما ذكره الشيخ في النهاية حيث أفتى أولاً بتقييد الجواز بغير اذن الحاكم بما اذا لم يكن له حجة ، ثم قال : وقيل يجوز مطلقاً ، وأنت خير بأن ظاهر كلام الشيخ هو أنه لا يجوز له الأخذ إلا مع الاثبات بالبينة عند

الحاكم ، فلو تعذر الاثبات امتنع الأخذ .

وظاهر كلام المحقق ومثله ظاهر كلام العلامة في المختلف هو التوقف على
الاثبات لو كان ثمة بينة ، إلا أنه في المختلف جعله الأولى ولو لم تكن له بينة
كان له الأخذ من غير توقف على الاثبات ، وهو قول متوسط بين قولي الشيخ
حيث أطلق توقف الجواز على البينة ، وقول ابن ادریس حيث جوز الأخذ مطلقاً .
والأصل في هذا الاختلاف ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن
بريد بن معاوية (١) في الموثق « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : ان رجلاً
أوصى اليّ فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل ، وذكر الذي أوصى اليّ
أن له قبل الذي أشرّكه في الوصية خمسين ومائة درهم ، وعنده رهن بها جهم
من فضة ، فلما هلك الرجل أنشأ الوصي يدعي أن له قبله اكرار حنطة ، قال :
ان أقام البينة ، وإلا فلا شيء له ، فأت له أيحل له أن يأخذ مما في يده شيئاً ؟
قال : لا يحل له ، قلت أرأيت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله ، فقدر على أن
يأخذ من ماله ما أخذ ، أكان ذلك له ؟ قال : ان هذا ليس مثل هذا » .

وهذه الرواية هي مستند الشيخ فيما ذهب اليه في النهاية ، وهي ظاهرة
ببل صريحة فيما ذهب اليه من العموم ، وابن دريس قد اعتمد على الروايات
الكثيرة الدالة على جواز الأخذ مقاصة ممن له عليه الدين ، ولم يتمكن من
اثباته وأخذه ، كما صرح به ، والامام عليه السلام في هذه الرواية قد أشار الى الفرق
بين المسئلتين ، لما عارضه الراوي بتلك المسئلة ، وحينئذ فالاستناد الى تلك
الأخبار في الحكم ، كما ذكره ابن ادریس مع اشارته عليه السلام الى أن هذه المسئلة
ليست مثل ذلك مشكل .

ولعل المراد بخروج هذه المسئلة عن تلك القاعدة التي تكاثرت بها الأخبار ،

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٧ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٢ ح ٩١٠ ، الفقيه ج ٤

ص ١٧٤ ح ٦١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٩ ح ١ .

أن هذا الوصي المدعي له شريك في التصرف والتنفيذ ، وهو الوصي الآخر ، فلا يجوز له التصرف بدونه ، وجواز التصرف للوصي الآخر بحيث يدفع إليه ما ادعاه موقوف على الاثبات شرعاً ، لأنه ليس له أن يمكنه بمجرد دعواه ، كغيره ممن يدعي على المييت مالا ، بل يجب عليه طلب البينة منه واليمين ، كما هو المقرر في الدعوى على المييت ، ولا يكفي هنا مجرد الثبوت في الواقع ، كما في تلك المسئلة ، لأن ذلك مخصوص بما اذا لم يطلع عليه أحد سواء ، فانه يجوز له الأخذ مقاصة ، وعلى هذا فالحكم المذكور مختص بمورد الرواية ، وهو وجود وصيين ، ودعوى أحدهما ليتمكن توجيه الفرق بين المسئلتين .

وأما على ما ادعاه الشيخ من فرض المسئلة في الوصي ، وان كان واحداً وادعى ديناً على الموصي ، فان الظاهر هنا ما ذهب إليه ابن ادريس ، لأن هذا الفرد أحد أفراد تلك القاعدة التي تكاثرت بها الأخبار ، وقد تقدم تحقيق الكلام فيها في صدر الفصل الأول في البيع من كتاب التجارة (١) وبذلك يظهر أيضاً ما في فتوى المحقق ، بتوقف جواز أخذ الوصي واستيفاء حقه على الاثبات ان وجدت البينة ، فانه ان كان هذا مذهبه في تلك المسئلة كما هو أحد القولين فيها فلا اشكال ، وان كان مذهبه ثمة ، كما هو المشهور من جواز الأخذ مقاصة وان أمكن الاثبات ، فانه لا معنى لهذا الاشتراط هنا ، مع كون هذه المسئلة أحد أفراد تلك القاعدة .

وبالجملة فالواجب الوقوف على مورد الرواية من وجود وصيين ، أحدهما يدعي المال كما ذكرناه ، فانه أخص من تلك المسئلة ، وأما لو كان الوصي متحداً فانه من جملة أفراد تلك المسئلة ، يحكم فيها ما يحكم في تلك المسئلة من جواز الأخذ مقاصة ، كما هو الأشهر الأنظر ، وعلمه في المسالك بأن الغرض كونه وصياً في اثبات الديون ، فيقوم مقام الموصي في ذلك ، والغرض من البينة والاثبات

عندالحاكم جواز كذب المدعي في دعواه ، فنيطت بالبينة شرعاً ، وعلمه بدينه أقوى من البينة التي يجوز عليها الخطأ ، ولأنه بقضاء الدين محسن (١) وما على المحسنين من سبيل ، قال : وبهذا يظهر الفرق بين دين الموصي وغيره ، حيث لا يعلم به الوصي ، وعلى تقدير علمه يمكن تجديد البرائة منه ، فلا بد من اثباته ، حتى باليمين مع البينة بذلك ، انتهى .

والأولى جعل ذلك وجهاً للنصوص الدالة على جواز الأخذ والمقاصة للموصي الذي هو أحد أفراد تلك القاعدة ، فانها هي الأصل في اثبات الحكم المذكور .

تذنيب :

قد ظهر مما قررناه أنه متى كان الوصي متحداً فان الظاهر كما هو المشهور أنه يجوز له استيفاء دينه عملاً برأيات تلك القاعدة المشهورة .

بقي الكلام فيما لو كان الدين لغيره ، وهو عالم به ، بمعنى أنه سمع اقرار الموصي به قبل الموت بزمان لا يمكن فيه القضاء ، ويكون المستحق ممن لا يمكن في حقه البراء ، كالطفل مثلاً والمسجد ونحوهما ، فان ظاهر الأصحاب أن للموصي أداء الدين المذكور ، أما لو كان أصحاب الدين كباراً يمكن البراء في حقهم ، فلا بد من احلافهم على بقاءه ، وان علم به سابقاً ، إلا أنهم (رضي الله عنهم) صرحوا بأنه لا يكفي احلاف الوصي إياهم ، إلا اذا كان مستجمعاً لشرائط الحكم ، بمعنى كونه فقيهاً جامع الشرائط ، وصرحوا بأنه ليس للحاكم أن يأذن له في التحليف ، بناء على علمه بالدين ، بل لابد من ثبوته عند الحاكم ، لأن الحكم لايجوز لغير أهله . نعم له بعد ثبوته - عنده بالبينة - توكيله في احلافهم .

أقول : وعلى هذا تخرج المسئلة عن الاكتفاء بعلم الموصي في جواز أداء الدين العالم به ، وتبقى ثمرة ذلك في تولية تحليفهم .

السابعة : لا خلاف في أن الموصى لو أذن لو صيه بالايضاء ، فانه يجوز له اجماعاً ، وكذا لا خلاف فيما لو منعه ، فانه لا يجوز له ، وانما محل الخلاف السكوت عن كل من الأمرين واطلاق الوصية ، فالمشهور المنع ، وأن النظر بعده للحاكم الشرعي ، وهو مذهب الشيخ المفيد وأبي الصلاح وابن ادريس والمحقق والعلامة وغيرهم ، وذهب جمع منهم الشيخ في النهاية وابن الجنييد والقاضي ابن البراج الى الجواز ، والشيخ في النهاية بعد أن قال : بجواز الايضاء .

قال : وقال بعض أصحابنا : أن ليس له أن يوصى الى غيره بما كان يتصرف فيه ، فاذا مات كان على الناظر في أمر المسلمين أن يقيم من ينظر في ذلك ، فان لم يكن هناك امام كان لفقهاء آل محمد عليهم السلام ، وذوى الآراء منهم أن يتصرفوا في ذلك اذا تمكنوا منه ، وان لم يتمكنوا فليس عليهم شيء ، ولست أعرف بهذا حديثاً مروياً .

وقال في الخلاف : اذا أوصى الى غيره وأطلق الوصية ، ولم يقل اذا مات فوصي فلان ، ولا قال : فمن أوصيت اليه فهو وصي ، لأصحابنا فيه قولان : المروي أن له أن يوصى الى غيره ، وقال بعض أصحابنا : ليس له أن يوصى فاذا مات أقام الناظر في أمر المسلمين من ينظر في تلك الوصية . . . دليلنا على القولين ، روايات أصحابنا (رضي الله عنهم) بجواز الايضاء .

أقول : أنظر الى ما دل عليه الكلام الأول من أنه ليس يعرف بهذا حديثاً والى ما دل عليه الكلام الاخر ، من أن دليل القولين روايات أصحابنا .

وقال ابن الجنييد والقاضي ابن البراج : وقد روى ابن بابويه في كتابه في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار (١) أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام رجل كان وصي رجل فمات فأوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه ؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه ، ان كان له قبله حق ان شاء الله

(١) الفقيه ج ص ١٦٨ ح ٥٨٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٠ الباب ٧٠ ح ١ .

تعالى «الظاهر أن المراد بالحق هنا حق الإيمان .

أقول : أنت خير بما في الرواية المذكورة من الاجمال ، وتعدد الاحتمال ، والمستدل بها قد استدل بها بناء على ما ذكره من تفسير الحق بحق الإيمان ، فكأنه عليه السلام قال : يلزمه القيام بوصيته ان كان مؤمناً وفاء لحقه ، بسبب الإيمان ، فانه يقتضى معونة المؤمن وقضاء حوائجه .

ولا يخفى ما فيه ، والأقرب في معنى الخبر ما ذكره شيخنا في المسالك ، وانيه أشار العلامة في المختلف . من حمل الحق في الخبر على حق الوصية الى الوصي الأول ، بمعنى أن الوصية تلزم الوصي الثاني بحق الأول ان كان له ، أي للأول قبله ، يعنى قبل الوصي الأول حق ، بأن يكون قد أوصى اليه ، وأذن له أن يوصي ، فقد صار له قبله حق الوصية ، فاذا أوصى بها لزم الثاني ، وهذا الاحتمال ان لم يكن أرجح لأقل أن يكون مساوياً ، وبه يسقط الاستدلال بالخبر في هذا المجال ، على أن حق الإيمان لا يختص بهذا الوصي الثاني ، بل يجب على كل مؤمن كفاية ، والكلام في اختصاص هذا الوصي من حيث الوصاية ، لامن حيث جهة المعونة العامة .

وبالجملة فالأصل يقتضى المنع من التبعدى الى غير الوصي الأول ، لأن المتبادر من استنابته في التصرف مباشرته بنفسه ، وبموته يسقط ذلك ، وتفويض التصرف الى غيره يحتاج الى دليل ظاهر ، والرواية على ما عرفت من الاجمال ، وتعدد الاحتمال لاتصلح للاستدال .

فان قيل : ان ما ادعيتموه من أن المتبادر من استنابة الوصي في التصرف مباشرته بنفسه ، ينتقض عليكم بالتوكيل فيما هو وصي فيه ، فان للوصي أن يسوكل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه ، بل وغيره على ما اختاره في المسالك أيضاً ، فلو اقتضى اطلاق الايضاء المباشرة ، لما جاز التوكيل ، وبعضهم اعتمد على هذا دليلاً للقائلين بهذا القول ، فقال : ويدل عليه جواز الوكالة ، فكما جازت الوكالة جاز الايضاء .

ج ٢٢ في ثبوت النظر للحاكم في أموال الميت وأطفاله إن لم يكن له وصي ٥٨٩

والجواب عن ذلك أولاً بأنه يرجع الى قياس الوصاية على الوكالة ، ومع قطع النظر عن كونه قياساً مع الفارق ، غير صحيح على أصولنا معشر الامامية وثانياً ما ذكره شيخنا في المسالك واليه أشار الشهيد قبله في شرح الارشاد من الفرق بين الوكالة والوصاية ، لأن الوكالة على جزئيات مخصوصة ملحوظة بنظره حياً يمدى منها ما وافق غرضه ، ويرد ما خالف ، بخلاف الايصاء الذي لا يحصل أثره إلا بعد الموت ، وفوات نظره ، وأيضاً فإن الوصي في حال حياته مالك للتصرف على الوجه المأذون فيه ، ووكيله بمنزلته ، بخلاف تصرف الوصي بعد وفاته ، لزوال ولايته المقصورة بنفسه ، وما في حكمه بموته .

وكيف كان فالظاهر بناء على المشهور أنه يرجع الأمر في تنفيذ وصاية الموصي الأول الى الحاكم ، أو عدول المؤمنين مع عدمه ، كما صرحوا به في غير موضع ، إلا أن الظاهر من عبارة الشيخ المتقدم نقلها عن كتاب النهاية الاختصاص هنا بالامام أو نائبه الفقيه الجامع الشرائط ، ومثلها عبارة الشيخ المفيد أيضاً ، ويمكن تقييدهما بما أشرنا اليه مما صرح به الأصحاب في أمثال هذا الموضع ، كما سيأتي في المسئلة ان شاء الله تعالى ، والله العالم .

الثامنة : لاختلاف بين الأصحاب في أنه لو مات ولم يوص الى أحد وكان له تركة وأموال وأطفال ، فإن النظر في تركته للحاكم الشرعي ، وانما الخلاف في أنه لو لم يكن ثمة حاكم فهل لعدول المؤمنين تولي ذلك أم لا ؟ الذي قد صرح الشيخ وتبعه الأكثر الأول ، وقال ابن ادريس بالثاني .

قال الشيخ في النهاية : اذا مات انسان من غير وصية كان على الناظر في أمر المسلمين أن يقيم له ناظراً ينظر في مصلحة الورثة ، ويبيع لهم ويشترى ، ويكون ذلك جازراً فان لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك أو يأمر به ، جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه ، ويستعمل فيه الأمانة ويؤدبها من غير اضرار بالورثة ، ويكون ما يفعله صحيحاً ماضياً .

وقال ابن ادریس : والذي يقتضيه المذهب أنه اذا لم يكن سلطان يتولى ذلك فالأمر فيه الى فقهاء شيعة آل محمد عليه السلام من ذوى الرأي والصلاح ، فانهم عليه السلام قد ولوهم هذه الأمور ، ولا يجوز لمن ليس بفقهاء ان يتولى ذلك بحال ، فان تولاه فانه لا يضمن شيء مما يفعله ، لأنه ليس له ذلك بحال ، فأما إن تولاه الفقيه مما يفعله ، صحيح جائز ماض ، انتهى .

وتردد المحقق في الشرايع ، والواجب أولاً ذكر ما وصل اليه من الأخبار المتعلقة بالمقام ، ثم الكلام فيها بما رزق الله فهمه منها بتوفيق الملك العلام وبركة أهل الذكر عليه السلام .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن اسماعيل بن بزيع (١) قال : مات رجل من أصحابنا ، ولم يوص فرفع أمره الى قاضي الكوفة فسير عبد الحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن اذ لم يكن الميت سير اليه الوصية وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهن فروج قال : فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له : يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي الى أحد ويخلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهن أو قال : يقوم بذلك رجل منّا فيضع قلبه ، لأنهن فروج ، فماترى في ذلك ؟ قال : فقال : اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس .

وما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن علي بن رئاب (٢) في الصحيح في بعض طرقه قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى وبينه قرابة ، مات وترك أولاداً صغاراً وترك ممالك وغلمان وجواري ولم يوص فماترى

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٤٠ ح ٩٣٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٩ ح ٩٢٨ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٤ .

وهما في الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٠ ح ٢ و ج ١٣ ص ٤٧٤ ح ١ .

فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال: ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ قال: لا بأس بذلك، اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم وليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم والناظر لهم فيما يصلحهم» .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن اسماعيل بن سعد الأشعري (١) في الصحيح «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراً وأبناً وغلماً صغاراً، وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم، وعن الرجل يصحب الرجل في سفره فيحدث به حدث الموت، ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار وكبار؟ أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه الى ولده الأكبر أو الى القاضي؟ وان كان في بلده ليس فيها قاض كيف يصنع؟ وان كان دفع المال الى ولده الأكبر ولم يعلم به فذهب ولم يقدر على رده كيف يصنع؟ قال: اذا أدرك الصغار وطلبوا فلم يجد بداً من اخراجه، إلا أن يكون بأمر السلطان، وعن الرجل يموت بغير وصية وله ورثة صغار وكبار أيحل شراء خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك، فان تولاه قاض قد تراضوا به، ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: اذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس به اذا رضى الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك» .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن سماعة (٢) في الموقوف «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث، قال ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٦ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٩ ح ٩٢٧ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٧ ح ٣، التهذيب ج ٩ ص ٢٤٠ ح ٩٢٩، الفقيه

ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٣ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٥ ح ٣ و ص ٤٧٤ ح ٢ .

كله فلا بأس .

أقول : لا يخفى ان الظاهر من هذه الأخبار باعتبار ضم بعضها الى بعض ، وحمل مطلقها على مقيدها ومجملها على مفصلها هو ما صرح به الأكثر ، فانه هو الأقرب منها والأظهر .

أما صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع فانه عليه السلام قد أجاب فيها (١) « اذا اتفق أن القيم الذي نصبه القاضي مثلك ومثل عبد الحميد يعنى في الوثاقة والعدالة فلا بأس » ومن المعلوم أن نصب القاضي عندنا في حكم العدم ، فمرجع الكلام الى أنه ان تولى ذلك ثقة فلا بأس ، وهو أظهر ظاهر في المراد .

أما صحيحة علي بن رثاب فالولي فيها مجمل ، يجب حمله على ما يدل عليه غيرها من الحاكم الشرعي أو عدول المؤمنين كما عرفت وستعرف ان شاء الله تعالى . وأما صحيحة اسماعيل بن سعد الأشعري فقد دل صدرها على جواز بيع الجوارى مع عدم وجود وصي كما هو المفروض في السؤال وهو وان كان مطلقا ، لكن يجب تقييد اطلاقه بتولى العدل لذلك ، كما نبه عليه في آخر السؤال الأخير ، بقوله فلا بأس اذا رضي الورثة بالبيع يعنى الكبار منهم ، وقام عدل في ذلك يعنى بالنسبة الى الصغار ، وأظهر من ذلك موثقة سماعة حيث شرط عليه السلام في صحة الميراث المذكور قيام ثقة عن الاطفال يقاسم البالغ منهم .

وبالجملة فان الروايات المذكورة ظاهرة في جواز قيام العدل الثقة بذلك ، وأنه بهذه الأخبار مأذون في الدخول ، سواء وجد الامام أم لا ، ولا يبعد القول بجواز تولية ذلك أيضاً مع وجود الفقيه الجامع للشرائط ، وان كان ظاهر الأصحاب خلاف ذلك ، لأن القائلين بهذا القول قيدوا ذلك بتعذر الفقيه ، لأنه النائب العام كما تضمنته مقبولة عمر بن حنظلة (٢) ونحوها إلا أنه يمكن أن يقال : انه بهذه الأخبار قد حصل الاذن للثقة العدل منهم عليه السلام بتولى ذلك مطلقاً ،

(١) نقل بالمعنى .

(٢) الكافى ج ٧ ص ٤١٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٨ ص ٣ ح ٤ .

كما هو ظاهرها .

وأخبار النيابة موردها كما هو الظاهر من سياقها انما هو الفتوى في الاحكام ، والقضاء بين الخصوم ، وأما مثل الولاية على طفل أو مال غائب أو نحو ذلك ، فليس في الأخبار ما يدل على اختصاصه بالامام أو الفقيه الجامع للشرائط . نعم ذلك وقع في كلام الأصحاب ، وبذلك يظهر لك ما في كلام ابن ادريس من الضعف والقصور لبنائه على أن الثقة غير مأذون له في الدخول في هذه الأمور .

قال في المسالك : ويستثنى من موضع الخلاف ما يضطر اليه الأطفال والدواب من المؤنة ، وصيانة المشرف على التلف ، فان ذلك ونحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين ، فضلاً عن العدول منهم ، حتى لو فرض عدم ترك مورثهم مالا فمؤنة الأطفال ونحوهم من العاجز عن التكسب واجب على المسلمين من أموالهم كفاية ، كعانة كل محتاج ، واطعام كل جائع يضطر اليه ، فمن مال المحتاج اليه أولى ، انتهى .

ومرجع كلامه (قدس سره) الى أن هذه الأشياء التي يضطر اليها يجب اخراجها عن محل الخلاف ، بمعنى أنها لا يتوقف على وجود الامام أو النائب أو الثقة ، فلولم يوجد أحد منهم امتنع النظر فيه ، بل يجب ذلك على الكافة وجوباً كفايياً ان لم يوجد أحد من هؤلاء ، وهو جيد .

وقال في المسالك أيضاً . اعلم أن الامور المفتقرة الى الولاية إما أن يكون أطفالاً أو وصايا أو حقوقاً أو ديوناً فان كان الأول فالولاية فيه لأبيه ، ثم لجده لأبيه ، ثم لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولاية ، الأقرب منهم الى المييت فالأقرب ، فان عدم الجميع فوصي الأب ، ثم وصي الجد ، وهكذا فان عدم الجميع فللحاكم ، والولاية في الباقي غير الأطفال للوصي ، ثم للحاكم ، والمراد به السلطان العادل أو نائبه الخاص أو العام مع تعذر الأولين ، الى ان قال : فان فقد الجميع

فهل يجوز أن يتولى النظر حينئذ في تركة الميت من يوثق به من المؤمنين ؟
قولان : ثم نقل القولين المتقدمين في المسئلة ، ونفى البأس عن القول المشهور ،
والله العالم .

التاسعة : لو أوصى بالنظر في مال ولده الى أجنبي وله أب فللأصحاب في
ذلك أقوال ثلاثة : أحدها - البطلان مطلقا ، لما تقدم في كلام شيخنا الشهيد الثاني
من أن ولاية الجد وان علا على الولد مقدمة على ولاية وصي الأب ، وحينئذ
فاذا نصب الاب وصياً على ولده المؤلى عليه مع وجود أبيه أي جد الطفل لم يصح
مطلقا ، لأن ولاية الجد ثابتة بأصل الشرع ، فليس للأب نقلها عنه ، ولا جعل
شريك له في ذلك .

وثانيها - بطلان الولاية زمان ولاية الجد خاصة ، بمعنى أنه لو أوصى الأب
الى أجنبي فان ولايته تبطل مادام الجد موجوداً ، وبعد موت الجد تعود الولاية
الى الوصي ، لأن ولاية الأب شاملة للأزمان كلها إلا زمان ولاية الجد ، فيختص
البطلان بزمان وجوده .

ورد بأن الأب لا ولاية له بعد موته مع وجود الجد ، فاذا انقطعت ولاية
الأب بموته لم يقع ولاية وصيه ، فاذا مات الجد افتقر عود ولايته - لتؤثر في
منصب الوصي - الى دليل ، اذ الأصل عدم عودها ، فلا تصح في حال حياة الجد ،
ولا بعد موته .

ودعوى - أن ولاية الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبلية التي من جملتها
ما بعد موت الجد - غير معلوم ، بل هو محل البحث والنزاع ، كما لا يخفى ،
وانما المعلوم انقطاع ولايته بعد موته ، مع وجود الجد بعده ، لا ثبوتها بعد
موت الجد .

وثالثها - صحة الولاية في الثلث خاصة ، لأن له اخراجه عن الوارث أصلاً ،
فيكون له اثبات ولاية غيره عليه بطريق أولى ، ورد بمنع الولاية بل الملازمة ،

فإن ازالة الملك يقتضى ابطال حق الوارث منه أصلاً ، وهو الأمر الثابت له شرعاً وأما بقاءه في ملك الوارث فإنه يقتضى شرعاً كون الولاية عليه لمالكه ، أو وليه الثابت ولايته عليه بالاصالة ، فلا يكون للأب عليه ولاية بالنسبة اليه أصلاً ، ومن ذلك ظهر أن أجود الأقوال الاول ، ونقل الأول والأخير عن الشيخ في المبسوط نقله في المسالك .

العاشرة : اختلف الأصحاب وغيرهم في وقت اعتبار الشروط المعتمدة في صحة الوصاية من الكمال والاسلام والحرية والعدالة ونحوها مما تقدم ، هل هو عند الوصية ؟ أو عند الموت ؟ أو من حين الوصية مستمراً إلى أن ينفذها بعد الموت ؟ فقول : بالأول ، وهو مختار الأكثر ، كما نقله في المسالك ، والمراد باعتبار وجودها حال الوصية بمعنى وجودها قبلها ، ولو بأن ماقضية للشرطية ، فإن الشرط يعتبر تقدمه على المشروط .

قالوا : والوجه في هذا القول أن هذه المذكورات شرائط صحة الوصية ، فإذا لم تكن حال انشائها موجودة لم يكن العقد صحيحاً ، لأن عدم الشرط يوجب عدم المشروط كما في شرائط سائر العقود ، ولأنه في وقت الوصية ممنوع من التقويض إلى من ليس بالصفات ، والنهي في المعاملات إذا توجه إلى ركن العقد دل على الفساد ، ولأنه يجب في الوصي أن يكون بحيث لومات الموصي كان نافذ التصرف ، مشتملاً على صفات الوصاية ، وهو هنا منتف ، لأن الموصي لومات في هذه الحال لم يكن الوصي أهلاً لها .

وقيل : بالثاني وأن المعتبر اجتماعها عند الوفاة ، حتى لو أوصي إلى من ليس بأهل ، فاتفق كماله عند الوفاة واستكمال الشرائط صحت الوصية ، لأن المقصود منها التصرف بعد الموت ، فيعتبر اجتماع الشروط حينئذ ، لأنه محل الولاية ، ولا حاجة إلى وجودها قبل ذلك ، لانتفاء الفائدة .

وقيل : بالثالث ، وهو الاعتبار من حين الوصية إلى حين الوفاة ، وإلى هذا

القول مال شيخنا الشهيد في الدروس ، حيث قال (عطر الله هرقمه) بعد ذكر الشرائط : ثم هذه الشرائط معتبرة منذ الوصية إلى حين الموت ، فلو اختل أحدها في حالة من ذلك بطلت . وقيل : يكفي حين الوصية ، وقيل : حين الوفاة .

قالوا : والوجه في هذا القول ، أمّا حين الوصية ، فاما تقدم في توجيه القول الأول ، وأمّا الاستمرار الى حين الوفاة ، فلأن الوصاية من العقود الجائزة ، فمتى عرض اختلال أحد شرائطها بطلت كتنظائرها ، ولأن المعتبر في كل شرط حصوله في جميع أوقات المشروط ، فمتى أخل في اثناء الفعل وجب فوات المشروط إلا ما استثنى في قليل من الموارد بدليل من خارج .

قال في المسالك : وربما يقال : أنه لا يستثنى منه شيء لأن ماخرج عن ذلك يدعي أن الفعل المحكوم بصحته عند فوات الشرط ليس مشروطاً به مطلقاً ، بل في بعض الأحوال دون بعض ، وهذا أولى ، انتهى .

وقيل : وهو الرابع أن المعتبر وجود الشرائط من حال الوصية الى أن ينتهي متعلقها بأن يبلغ الطفل ويخرج الوصايا ويقضي الديون وغير ذلك ، لأن اشتراط هذه الأمور يقتضي فوات مشروطها متى فات بعضها في كل وقت ، فلو فرض فوات بعضها بعد الوصية الى قبل انتهاء الولاية بطلت ، قال في المسالك بعد ذكر ذلك : وهذا هو الأقوى .

أقول : مبني هذه الأقوال كلها على أن الوصية عقد ، فيجب أن يراعى فيه مايراعى في سائر العقود ومن القواعد المقررة عندهم أن العقد اذا كان مشروطاً بشرط ، فهو عدم عند عدم شرطه ، فهذا العقد اذا كان مشروطاً بكون الموصى اليه معتبراً بهذه الصفات ، فلا بد من وجود هذه الصفات ، وإلا لبطل .

بقي الكلام والخلاف في وقت اعتبارها ، هل هو حال الوصية خاصة ، أو عند الوفاة ؟ أو من حين الوصية الى حين الوفاة ؟ أو الى ان ينتهي متعلق الوصاية ؟ وأنت خير بأن كون الوصية عقد مثل سائر العقود ، فيشترط فيها مايشترط فيها ، وان كان

هو المشهور في كلامهم ، بل ظاهرهم الاتفاق عليه ، إلا أنه لم يقم عليه دليل تركن النفس اليه ، بل ربما ظهر من الأخبار خلافه ، فانهم قد جعلوا أيضاً من جملة الواجبات فيه بناءً على كونها عقداً القبول ، مع أننا لم نقف فيه على دليل ، بل ربما دل الدليل على خلافه ، وقد تقدم الكلام في ذلك في جملة من مسائل المقصد الأول ، وغاية ما يستفاد من الأخبار أن الوصية بالنسبة الى الموصى له لا يخرج عن العطية ، وبالنسبة الى الوصاية لا يخرج عن الاذن والاستنابة ، ولا عقد هنا بالكلية .

فمما يدل على ما قلناه في الوصاية ما تقدم في المسئلة الثانية من خبر علي بن يقطين (١) في « رجل أوصى الى امرأة وأشرك في الوصية معها صبياً فقال عليه السلام : يجوز ذلك ، وتمضى المرأة الوصية ، ولا تنتظر بلوغ الصبي » الخبر فانه لا يدل على أنريد من أن الرجل أمر المرأة بأن تنفذ ما عينه لها فيه ، واستنابها ، وضم اليها الصبي المذكور ، وأي عقد هنا يفهم من هذا الكلام أو قبول لفظي كما اعتبروه في المقام ، ونحو ذلك صحيحة الصغار المذكورة (٢) ثمة في « رجل أوصى الى ولده وفيهم كبار وصغار أيجوز للكبار ان يعدوا وصيته ، ويقضوا دينه ، قبل أن يدرك الأوصياء الصغار ؟ فوقع عليه السلام : نعم » الخبر . فان المتبادر من هذا الكلام أن الموصى استناب أولاده ، وأمرهم واذن لهم في تنفيذ هذه الوصايا بأن قال : افعلوا كذا وكذا ، فوجب عليهم بعد موته القيام بذلك ، وأي دلالة لهذا الكلام على عقد في المقام ، وعلى هذا النهج جملة الأخبار ، كما لا يخفى على من جاس خلال الديار ، فان سموا مثل هذا الأمر والاذن والاستنابة عقداً فلا مشاحة في التسمية ، ولكن ما ذكره من ترتب أحكام العقود عليه ممنوع ، وإلا لجري ذلك في كل من أمر شخصاً بأمر ، وأذن له في فعل .

وبالجملة فانك عرفت في المباحث السابقة أن ما يدعونه من العقد في كثير من تلك المواضع لا يخلو من الاشكال أيضاً .

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ١ و ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢

إذا عرفت ذلك وثبت أن غاية ماتدل عليه الأخبار هو الاذن والاستنابة في تنفيذ هذه الأمور الموصى بها .

فنقول : ينبغي أن تكون تلك الشروط محلها وقت التنفيذ ، واعتبارها في ذلك الوقت ، وهذا يرجع الى القول الثاني من الأقوال المتقدمة ، وماطعن به في المسالك - على هذا القول ورده به - من قوله ويضعف بأن الوصاية لما كانت عقداً ولم يحصل شرطها حالة الإيجاب وقع العقد فاسداً ، فيه ما عرفت من أنه لا دليل على هذا العقد الذي بنوا الكلام عليه في المقام وغيره ، وكلامنا إنما هو مبني على عدمه ، فلا يرد علينا ما أورده ، ولعل القائل بهذا القول من أصحابنا أيضاً يمنع كون الوصية عقداً فلا يرد عليه ما أورده ، وهذه الأقوال مع التعليقات التي ذيلت بها كلها للعامة ، كما لا يخفى على من راجع كتاب التذكرة ، وغيره من الكتب التي تصدوا فيها لنقل أقوالهم .

وفيهما من البعد عن ساحة الأخبار ما لا يخفى على ذوى البصائر والأبصار ، ولأصحابنا في عدد الأقوال في المسئلة اضطراب ، فمنهم من أنها الى أربعة حسبما ذكرناه كشيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، ومنهم من جعلها ثلاثة كشيخنا الشهيد في الدروس وشرح الارشاد ، ومنهم من رجعها الى اثنين خاصة ، كالمحقق والشيخ ، ولكل وجه اعتباري يدفعه ما ذكره غيره ، والله العالم .

المقصد السابع في اللواحق :

وفيه أيضاً مسائل : الاولى : اختلف الأصحاب (رضي الله عنهم) في منجزات المريض ، والمراد بها المعجلة حال الحياة إذا كانت تبرعاً كالمحابات في المعاوضات من البيع بأقل من ثمن المثل ، والشراء بأزيد منه ، والهبة ، والصدقة ، والوقف ، والعتيق ، وبالعجلة فما اشتمل على تفويت المال بغير عوض ، كالهبة وما بعدها ، والمحابة كالأوليين ، ونحوهما ، هل يخرج من الأصل أو الثلث ؟ مع الاتفاق على

أنه لو برء ، من مرضه لزم ذلك ، وكان مخرجه من الأصل ، وانما الخلاف فيما لو مات في مرضه ذلك ، فذهب الشيخان في النهاية والمقنعة وابن البراج وابن ادريس الى أنه من الأصل ، وهذا القول هو الظاهر عندي من الأخبار بعد النظر فيها بعين التأمل والاعتبار ، واليه مال جملة أفاضل متأخري المتأخرين ، كالمحدث الشيخ محمد بن الحسن البحر العاملي ، والفاضل المولى محمد باقر الخراساني في الكفاية ، والمحدث الصالح الشيخ عبدالله بن صالح البحراني (قدس الله أرواحهم) .

وذهب الشيخ في المبسوط ، والصدوق ، وابن الجنيد الى أن ذلك من الثلث وهو المشهور بين المتأخرين ومنشأ الخلاف المذكور اختلاف الأخبار في ذلك واختلاف الأنظار والأفهام في تلك المدارك ، وها أنا أذكر أدلة كل من القولين مذيلاً لها بما تنكشف به ان شاء الله تعالى غشاوة الاشكال ، ويجتمع به على وجه لا يعتريه الاختلال مستمداً منه سبحانه افاضة الصواب ، والعصمة من الوقوع في شباك الاضطراب والارتباب .

فأقول : مما يدل على القول الأول وهو الذي عليه القول ، ظاهر قوله عز وجل (١) « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » .

وقد روى الشيخ في الصحيح عن زرارة (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : فقال : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً » وهذا يدخل فيه الصداق والهبة » .

والتقريب أنه دل باطلاقة على ما يشمل الصحة والمرض ، فتكون الآية دالة بمعونة تفسيرها بالخبر المذكور على صحة الهبة في مرض الموت مطلقاً من غير تقييد بالثلث .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الموثق عن عمارة

(١) سورة النساء - الآية ٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٢٤ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ١ .

السباطي (١) « أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : صاحب المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح ، يضعه حيث يشاء » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة (٢) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هو ماله يصنع به ما يشاء ، إلى أن يأتيه الموت » .

ورواه المشايخ الثلاثة عن أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .

وما قيل : من احتمال أن يكون المراد بإتيان الموت ما يشمل حضور مقدماته ، فيشمل مرض الموت ، فهو من الاحتمالات الباردة ، والتخريجات الكاسدة كما يكشف عنه تتمته في بعض طرق صاحب الكافي فانه رواه بطريق آخر إلى أبي بصير (٤) عنه عليه السلام وزاد فيه « ان لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حياً ان شاء . وهبه ، وان شاء تصدق به ، وان شاء تركه ، إلى أن يأتيه الموت ، فان أوصى به فليس ، إلا الثلث ، إلا أن الفضل في أن لا يضع من يعوله ، ولا يضر بورثته » .

وما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن بابراهيم بن هاشم (٥) أو الصحيح على القول بصحة حديثه ، وهو المختار ، وفاقاً لجمع من علمائنا الأبرار عن أبي شعيب المحاملي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الانسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه » .

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٧ ح ١ و ص ٨ ح ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٦ ح ٧٤٨ و ص ١٧٨ ح ٧٤٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٧ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٠ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٨ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ١٠ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٩ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥١ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٤١ و ١٠ و ص ٣٨٣ ح ٨ .

ج ٢٢ في دلالة الروايات على خروج المنجزات من الأصل ٦٠١

وعن ابراهيم بن أبي بكر السمال الأزدي (١) عن أخبره « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الميث أولى بماله ما دام فيه الروح » .

وما رواه في الكافي والفقيه عن مرآزم (٢) عن بعض أصحابنا « عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه ؟ فقال اذا أبان فيه فهو جائز ، وان أوصى به فهو من الثلث » .
أقول : المراد بقوله « أبان فيه » أي ينزله وعزله وسلمه الى من أعطاه إياه ولم يعلق إعطائه على موته .

وما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن عمّار الساباطي (٣) في الموثق « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الميث أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له إلا الثلث » ، هكذا في الفقيه وبعض نسخ الكافي ، وفي التهذيب عوض « فان تعدى » « فان قال بعدى ، وهو الأنسب ، بقوله يبين به ، وفي بعض نسخ الكافي هكذا » قال : قلت له : الميث أحق بماله فيه الروح ويبين به ؟ قال : نعم ، فان أوصى به فليس له إلا الثلث » وهذا هو المناسب .

وما رواه المشايخ المذكورون أيضاً عن عمار بن موسى (٤) الموثق من بعض طرقه « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ، ان أوصى به كله فهو جائز له ، وهذا الخبر حملة الشيخ بالنظر الى ما تضمنه عجزه تارة على وهم الراوى ، وأخرى على فقد الوارث ، وثالثة على ما اذا أجاز الورثة .

وما رواه في التهذيب في الموثق عن عمار الساباطي (٥) « عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) الكافي ج ٧ ص ٧ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٩ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٧ و ص ٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٨

ح ٧٥٦ و ص ١٨٧ ح ٧٥٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٧٧ و ص ١٥٠ ح ٥٢٠ .

(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ٨٦٤ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٣ و ص ٣٨٢ ح ٦ و ٧ و ٥

و ص ٣٨٣ ح ١٠ .

في رجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه؟ قال : اذا أبانه جاز .
هذا ما حضرني من أدلة القول المذكور ، وهي كما ترى على ما قلناه ظاهرة
الدلالة تمام الظهور ، لا يعتبر بها فتور ولا قصور .

وأما ما يدل على القول الآخر ، فمنه رواية علي بن عقبة (١) « عن
الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة
أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه إلا ثلثه ، وسائر ذلك ، الورثة
أحق بذلك ، ولهم ما بقي . »

وموثقة سماعة (٢) « قال : سألته عن عطية الوالد لولده ؟ فقال أما اذا كان
صحيحاً فهو له يصنع به ما شاء فأما في مرض فلا يصلح . »

وصحيحة الحلبي (٣) « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المرأة تبرء زوجها
من صداقها في مرضها ؟ قال : لا . »

وموثقة سماعة (٤) « قال : سألته عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق
أو بعضه فتبرئه منه في مرضها ؟ قال : لا ولكنها ان وهبت له جازماً وهبت له من
ثلثها . »

ورواية أبي ولاد (٥) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته
عليه الدين فتبرئه منه في مرضها ؟ قال : بل تهبه له فتجوز هبتها له ، وبحسب ذلك
من ثلثها ان كانت تركت شيئاً . »

وصحيحة علي بن يقطين (٦) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من
ماله عند موته ؟ قال : الثلث والثلث كثير . »

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٦) التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٨١ و ص ٢٠٠
ح ٨٠٠ و ص ٢٠١ ح ٨٠٢ و ٨٠٣ و ص ١٩٥ ح ٧٨٣ و ص ٢٤٢ ح ٩٤٠ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٤ و ص ٣٨٤ ح ١١ و ١٥ و ١٦
و ص ٣٦٧ ح ١١ و ص ٣٦٣ ح ٨ .

وصحيحة يعقوب بن شعيب (١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ قال : له ثلث ماله ، وللمرأة أيضاً .

ورواية عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : للرجل عند موته ثلث ماله ، وإن لم يوص فليس على الورثة امضاءه .

هذا ما حضرني من الأخبار التي استدلو بها لهذا القول ، وأنت خير بأن ترجيح أخبار القول الأول ظاهر من وجوه : أحدها - اعتضاها بظاهر القرآن بالتقريب الذي قدمنا ذكره ، وهو أحد المرجحات الشرعية التي دلت عليها مقبولة عمر بن حنظلة (٣) وغيرها من عرض الأخبار عند الاختلاف على القرآن ، والأخذ بما وافقه وطرح ما خالفه .

وثانيها - أن أخبارنا مخالفة للعامة ، وأخبار الخصم موافقة لهم ، كما نبه عليه كثير من أصحابنا من أن أكثر العامة على القول بمضمون الأخبار الأخيرة ، ومن أخبارهم في هذه المسئلة ما نقله شيخنا في المسالك عن صحاحهم (٤) « من أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد في مرضه لآمال له غيرهم ، فاستدعاهم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) ، وجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، قال (قدس سره) : وعلى هذه الرواية اقتصر ابن الجنيدي في كتابه الأحمدى ، وهذه القاعدة أيضاً أحد القواعد المنصوصة عنهم (صلوات الله عليهم) في مقام الترجيح بين الأخبار في مقام الاختلاف .

ولكن أصحابنا (رضوان الله عليهم) كما قدمنا ذكره في غير موضع ولا سيما في كتب العبادات قد ألغوا العمل بهذه القواعد المنصوصة عن أئمتهم (صلوات الله

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩١ ح ٧٧٠ و ص ٢٤٢ ح ٩٣٩ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٤١٢ ح ٥ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٢ و ص ٣٦٣ ح ٧ و ج ١٨

ص ٣ ح ٤ .

(٤) المسالك ج ١ ص ٤٢٤ ، المستدرک ج ٢ ص ٥٢١ الباب ١٦ ح ٣ .

عليهم) واتخذوا لهم قواعد لادليل عليها ، ولما استدلتها من الجمع بين الأخبار بحمل الأمر على الاستحباب ، والنهي على الكراهة ، وجعلوا ذلك قاعدة كلية في جميع أبواب الفقه ، وان عارضتها تلك القواعد المنصوصة كما لا يخفى على المتتبع لكلامهم في الخائض في بحور نقضهم وابرامهم .

وثالثها - أن ما استدلتنا به من الأخبار صريح الدلالة على المطلوب والمراد ، عار عن وصمة الطعن والايراد ، ولهذا ان متأخرى أصحابنا القائلين بالمشهور بينهم انما يتيسر لهم الطعن في أساسيدها ، بناء على هذا الاصطلاح المحدث - وعلى هذا فمن لا يرى العمل به - كما هو الحق الحقيق بالاتباع حسبما جرى عليه متقدمو علمائنا للصدور عنهم ، والاتباع - فلامجال للطعن بذلك عنده ، على أنك قد عرفت أن فيها الصحيح والموثوق ، وهم قد عملوا بالموثقات في مواضع لا تحصى ، وغمضوا العين عن مخالفة اصطلاحهم .

وبالجملة فانك قد عرفت أنه لا مسرح للطعن في دلالتها ، بخلاف أخبارهم ، فانها غير خالية عن الاجمال ، المانع من الاستناد اليها في الاستدلال ، كما سيأتيك بيانه ان شاء الله تعالى في المقام .

ورابعها - اعتضاد أخبارنا بالاجماع على صحة التصرف المدلول عليه بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) « الناس مسلطون على أموالهم » خرج منه ما خرج من التصرف المعلق على الموت بدليل ، وبقي الباقي لعدم الدليل الناص على الخروج كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى .

وخامسها - اتفاق القائلين من الطرفين على لزوم التصرف لو برء عن مرضه ، وأنه ينفذ من الأصل ، وهذا لا وجه له على القول الآخر ، إلا باعتبار أن يكون صحيحاً غير لازم ، موقوفاً على الاجازة من الوارث ان مات ، فيكون البرء كاشفاً عن الصحة واللزوم واجازة الوارث ، وعدمها كاشفاً عن اللزوم وعدمه ، حسبما

قالوه في بيع الفضولي .

وأنت خير بأنه وإن اشتهر ذلك في كلامهم ، وبنوا عليه في نقضهم وإبرامهم ، إلا أننا لم نظفر له بدليل في امثال هذه المقامات ، إلا على وجوه اعتبارية لاتصلح أن تكون مستندا في الأحكام الشرعية ، كما حققنا ذلك بما لا مزيد عليه فيما تقدم في مسألة البيع الفضولي من كتاب البيع (١) حيث إن المشهور بينهم صحته لوجوه اعتبارية ، لفقوها وتخريجات وهمية صوروها ، مع أن الأخبار تردّها وتمنعها كما أوضحنا ذلك في الموضوع المشار اليه بأوضح بيان ، لم يسبق اليه أحد من علمائنا الأعيان ، ويزيده تأكيداً أنه لا يخفى أن مقتضى الأدلة كتاباً وسنة هو وجوب الوفاء بالعقود ، وترتب أثرها عليها من جواز التصرف بجميع أنواع التصرفات ، وإبطال ذلك يحتاج الى دليل قاطع ، ليتمكن الخروج به عن الدليل الأول ، فما خرج بدليل وجب الوقوف فيه على ما اقتضاه الدليل ، وما لم يقم عليه دليل من كتاب وسنة فهو باق على مقتضى الدليل الأول وحينئذ فلزوم التصرف بعد البرء في موضع النزاع كما وقع عليه الاتفاق ، انما نشأ من لزوم الوصية أولاً في حال المرض ، كما ندعيه ، الا انه انما وقعت الوصية صحيحة غير لازمة كما يدعونه ، حتى فرعوا عليه هذا القول .

وسادسها - ماتقدمت الاشارة اليه من عدم صلوح هذه الروايات لمعارضة ما ذكرناه من الأخبار ، لما فيها من الاجمال ، بل الاختلال في جملة منها ، والاعتلال الموجب لسقوطها عن درجة الاستدلال ، وما نحن نشير الى تلك الأخبار على التفصيل .

فمنها رواية علي بن عقبة ، وهي أوضح أدلة القائلين بذلك القول المشهور ، وأظهر الوجوه فيها عندي هو الحمل على التقية ، لطا بقتها كما عرفت للرواية العامة ، وتعارضها على الخصوص ، بما رواه في الفقيه عن هارون بن مسلم عن

مسعدة بن صدقه (١) « عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام أن رجلاً من الأنصار توفي وله صبية صغار ، وله ستة من الرقيق ، فأعتقهم عند موته ، وليس له مال غيرهم ، فأثنى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فأخبر فقال : ما صنعتم بصاحبكم ؟ قالوا : دفناه قال : لو علمت ، مادفناه مع أهل الاسلام ، ترك ولده يتكفون الناس . وظاهر الخبر نفوذ الوصية حيث لم يحكم (صلى الله عليه وآله وسلم) بتخصيص الصحة بالثلث ، كما تضمنه خبر عاي بن عقبة ، وكذا الخبر العامي ، بل حكم بصحتها ، حيث ذمه « بأنه ترك ولده يتكفون الناس » أي يسألونهم بأكفهم ، فلولا الحكم بصحتها لما كان لهذا الكلام معنى ، والخبر إما محمول على الكراهة المؤكدة كما ظاهر من كلام الأصحاب ، وإليه يشير قوله عليه السلام في رواية سماعة المتقدمة برواية صاحب الكافي « إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ، ولا يضر بورثته » ، أو التحريم ، ولا ينافيه نفوذ الوصية ، كما صرح به المحدث الكاشاني في الوافي .

و كيف كان فالخبر المذكور من الأخبار الدالة على ما ذكرنا ، وإن لم نذكره فيما سبق .

واحتمل في المسالك أيضاً حمل رواية علي بن عقبة على الوصية ، قال : لأن حضور الموت قرينة منعه من مباشرة العتق ، ويجوز نسبة العتق إليه لكونه سببه القوي بواسطة الوصية ، قال : وهذا وإن كان بعيداً ، إلا أنه مناسب ، حيث لم يبق للرواية عارض ، انتهى .

ولا يخفى ما فيه ، وما ذكرناه من الحمل على التقية هو الأظهر ، لكنهم (رضي الله عنهم) حيث لم يلتفتوا إلى هذه القواعد في الجمع بين الأخبار ، كما قدمنا ذكره ، اضطروا إلى مثل هذه التحزيجات البعيدة .

ثم إنه على تقدير تسليمها فموردها خاص ، والمدعى أعم من ذلك ، ودعوى

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٧٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٣ ح ٩ .

الأولوية ممنوعة ، بل هو قياس محض ، وعدم القائل باختصاص الحكم به لا يسوغ قياس غيره عليه .

ومنها موثقة سماعة الأذلي وفي معناها رواية جراح المدائني ، وأول ما فيها أنه لا قائل بهما على ظاهرهما ، لأن ظاهرهما المنع من عطية الوالد لولده في المرض مطلقاً ، زاد على الثلث أم لا ، بل بلغ الثلث أو لم يبلغ ، والحمل على معناه أنه لا يصلح من الأصل ، بل يصلح من الثلث ، وإن كان صحيحاً في حد ذاته ، إلا أنه بعيد من سياق الخبرين ، إذ لا يعتبر في شيء من الخبرين للأصل والثلث ، وإنما السؤال عن العطية بقول مطلق ، فاجاب عليه السلام أنه في حال الصحة يفعل ما يشاء ، وفي حال المرض فليس له ذلك .

والثاني - انهما أخص من المدعى ، فلا ينهضان حجة على العموم .

الثالث - احتمال حمل العطية في المرض على الوصية ، ولعله الأقرب للأعتبار ، ليحصل به الجمع بين الأخبار ، بمعنى أنه حينئذ أنه لا يوصى له بما زاد على الثلث ، وأما في الصحة فإن له أن يعطيه ماله جميعاً ، ويبينه به ، والشيخ في التهذيبين حمل حديث سماعة المذكورة تارة على الكراهة ، لأنه اضرار بسائر الورثة وإيحاش لهم ، وأخرى على ما إذا لم يكن على جهة الوصية ، بل يكون هبة من غير ابانة وتسليم ، واعترضه المحدث الكاشاني في الوافي ، فقال : التأويل الأول ينافيه ما مر من تحريم الأضرار ، والثاني ينافيه قوله مع اشتراط الجواز بالصحة ، بينه في حديث جراح ، بل سائر ما بعده من أخبار هذا الباب ، فإن الإبراء وهبة ما في الذمة لا يفتقران إلى الابانة ، فالصواب أن تحمل هذه الأخبار على ظواهرها ، ويخص المنع من العطية في المرض بمورده أعني الوارث ، وسره ما ذكره في التهذيبين من الإيحاش ، فإن فعل حسبت من الثلث ، كما تدل عليه الأخبار الأخيرة ، انتهى .

أقول : فيه أولاً أن ما ذكره الشيخ من تأويل رواية سماعة بحمل المنع

من عطية الولد في المرض على الكراهة جيد ، لا بأس به .

قوله « أنه ينافيه ما مر من تحريم الاضرار » اشارة إلى ما قدمنا نقله عنه من جملة حديث مسعدة بن صدقة الدال على قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) ما دفناه مع أهل الاسلام على تحريم العتق ، كذلك مردود ، بأن الظاهر انما هو حمله على تأكيد الكراهة ، كما يشير اليه خبر سماعة الذي أشرنا اليه ثمة وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ فيه « إلا أن الفضل أن لا يضيع من يعوله ، ولا يضر بورتته » فان الخبر صريح في كراهية الاضرار ، دون التحريم الذي توهمه ، وكم لهم عَلَيْهِ السَّلَامُ من المبالغة في النهي عن المكروهات ما يلحقها بالمحرمات ، والأمر بالمستحبات مما يدخلها في حيز الواجبات كما لا يخفى على الفطن البصير ، ولا ينبئك مثل خبير .

وثانياً - أن تخصيصه هذه الأخبار بمعنى المنع من العطية في المرض بالوارث ، مردود بما قدمناه من تكاثر الاخبار واتفاق الاصحاب على جواز الوصية للوارث ، وعطيته في المرض ، وأن المنع من ذلك انما هو مذهب العامة ، كما تقدم في المسئلة الثانية من المقصد الخامس ، وتقدم أن ما دل على خلاف ذلك فهو محمول على التقية .

وثالثاً - أنه مع تسليم ما ذكره من تخصيص المنع من العطية في المرض بالوارث ، فيه أن اثبات حكم كلي بورود ذلك في جزئي خاص سيما مع عدم الصراحة كما عرفت لا يخلو من الاشكال .

ورابعاً - أنه اذا كان متى فعل ، صح وحسب من الثلث ، فأى اختصاص بالمنع بالوارث ، اذ الاحتساب من الثلث مما لا نزاع فيه ، لوارث كان أو أجنبي ، فلا يظهر لمنع الوارث هنا وجه .

وبالجملة فان كلامه هنا لا يخلو عندي من النظر الظاهر ، للتخبير

الماهر

ومنها صحيحة الحلبي (١) وما في معناها من موثقة سماعة الثانية (٢)، ورواية أبي ولاد (٣) وأول ما فيها ما ذكره شيخنا في المسالك من أن مضمونها لا يقول به أحد، لأن الإبراء مما في الذمة صحيح بالاجماع، دون هبته، فالحكم فيها بالعكس، فكيف يستند إلى مثل ذلك.

الثاني - أنها أخص من المدعى فلا تنهض حجة على العموم.

الثالث - معارضتها بظاهر الآية المفسرة في صحيحة زرارة (٤) بالصداق، وأنه متى طابت نفسها عنه بإبراء أو هبة حل له في مرض كان أوصحة زاد على الثلث أو نقص، كل ذلك لإطلاق الآية، والخبر المذكور، فإن قيل: إن إطلاق الآية والخبر المفسر لها يجب تخصيصه بهذه الأخبار، قلنا: هذه الأخبار حيث كانت معلومة بما عرفت من المنع من جواز الإبراء الذي لا خلاف ولا إشكال في جوازه، يشكل الاعتماد عليها في التخصيص، سيما إن الآية والخبر المذكورين قد اعتضدا بالأخبار الكثيرة المتقدمة في أدلة القول الأول، فالتخصيص لهما تخصيص للمجميع، وهذه الأخبار المعللة المذكورة مع خصوص موردها كما عرفت يضعف عن تخصيص الجميع.

وأما ما تكلفه جمع من متأخري مشايخنا (رفع الله أقدارهم) في الجواب عن الطعن الأول في هذه الروايات، بالحمل على أنه ^{إلّا} كان يعلم أن حق المرأة لم ينتقل إلى ذمة الرجل، وإنما كان عيناً موجودة، فلأجل ذلك منع من الإبراء الذي لا يقع إلا على ما في الذمة، وأمر بالهبة، فلا يخفى ما فيه، على الفطن النبيه، من التكلف والتعسف الذي يدركه كل ناظر وبعيه، على أن هذا الاحتمال إنما ذكره في رواية سماعة، وغاية إمكانه، قصره على قضية واحدة، مع أن رواية

(١) و (٢) و (٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٢ و ٨٠٣ و ص ١٩٥

ح ٧٨٣ و ص ١٥٢ ح ٦٢٤.

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٥ و ١٦ و ص ٣٦٧ ح ١١

و ص ٣٣٩ ح ١.

أبى ولاد قد تضمنت الدين ، ووقع الجواب فيها بهذا التفصيل ، فكيف يكون المراد بذلك العين الخارجة في الذمة خاصة .

ومنها صحيحة علي بن يقطين ونحوها صحيحة يعقوب بن شعيب ، ورواية عبدالله بن سنان ، والظاهر من الجميع هو الحمل على ما بعد الموت ، أما صحيحة يعقوب بن شعيب فهي كالصريحة في ذلك ، حيث قال : الرجل يموت فماله من ماله ؟ أي بعد موته ، فلا وجه حينئذ للاستدلال بها على المنجزات ، كما هو محل البحث ، وقريب منها الروايتان الأخريان لقوله « عند موته » .

وبالجملة ان لم يكن ما ذكرنا هو الأظهر ، فلا أقل لأن يكون مساوياً في الاحتمال ، وبه يسقط الاستناد اليها في الاستدلال ، ويؤيد ما ذكرناه من الحمل على الوصية ، تكرر هذا المعنى في الأخبار ، ودلالاتها على أن غاية ما للميت الوصية به من ماله هو الثلث . وقد تقدمت ، ولعل وجه الحكمة في منع الشارع له من الزيادة على الثلث في الوصية التي يكون تنفيذها بعد الموت ، وتجويز التصرف له في حال مرضه في ماله مطلقاً ، وان يفعل ما يشاء ، ويعطيه ويبينه لمن يشاء ، كما صرح به أخبار القول الأول ، هو أن المال بعد الموت لما ينتقل الى الورثة ، ويخرج عن ملكه وتصرفه ، فانه يسهل على النفس السخاء به ، والوجود به لمن يشاء ، فمن أجل ذلك اقتضت الحكمة الربانية منعه من الزيادة في الوصية على الثلث ، خوف الاضرار بالورثة ، والتعدي عليهم ، بل صرح بكراهة الوصية بالثلث ، رعاية لهم هذا مع حفظه له ، وشحه به وحرصه عليه ، وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحي ، وان كان مريضاً ، فان البرء ممكن ، والشح بالمال في الجملة حاصل ، فيكون كتصرف الصحيح في ماله ، لافي مال غيره ، وتوهم كون حال الممرض في معرض أن يكون للورثة بخلاف الصحيح مطلقاً ممنوع ، فرب مريض عاش ، وصحيح عجل به الموت ، كما هو المشاهد بالوجدان في غير زمان ولا مكان .

وبالجملة فان التصرف في الصورة الأولى لما كان بعد زمان الموت الذي ينتقل فيه المال الى الوارث صار كأنه تصرف في مال الوارث ، فمنع منه ، والتصرف في الصورة الاخرى لما كان في الحياة ولا تعلق له على الموت ، كان كتصرف الصحيح في ماله ، يفعل به ما يشاء .

وبما شرحناه يظهر لك أن أكثر هذه الأخبار غير ظاهرة الدلالة ، وما ربما يظهر منه ذلك فسبيله الحمل على الثقة التي هي الأصل في اختلاف الأخبار ، وأما روايات القول الأول الذي عليه المعول ، فهي جميعاً صريحة الدلالة ، واضحة المقالة ، لا مجال للطعن في دلالتها بوجه من الوجوه ، نعم بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذي قد عرفت أنه لا أصل له ، ولا دليل عليه ، بل الأدلة على بطلانه لمن نظر بعين الانصاف ورجع اليه ، اتجه لأصحاب هذا الاصطلاح الطعن فيها بضعف السند ، مع أنك قد عرفت أن فيها الصحيح ، ومن أجل ما قلنا توقف شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد البحث في المسئلة في ترجيح أحد القولين ، وتبعه المحدث الكاشاني في المفاتيح ، كما هي عادته فيه غالباً ، فقال في المسئلة المذكورة : وفي منع المريض من التبرعات المنجزة التي لا تستلزم تفويت المال على الورثة من غير عوض زيادة على الثلث من دون إذنهم أو اجازتهم قولان : وفي الأدلة من الجانبين نظر ، إذ ما صح سنده غير دال ، وما هو دال غير صحيح السند ولا معتبر ، إلا موثق في طرف الجواز ، مؤيد بالأصل ، وهو أن صاحب المال أحق بماله مادام حياً ، ولكنه معارض بالأكثرية والأشهرية ، انتهى .

وبالجملة فان من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، وانما عمله على الاصطلاح القديم في الحكم بصحة جميع الأخبار ، فانه لا يرتاب ولا يشك في صحة ما اخترناه .

تذييب :

ممن اختار القول المشهور بين المتأخرين العلامة في المختلف ، واحتج عليه برواية علي بن عقبة ، ورواية أبي ولاد وصحيحة علي بن يقطين المتقدم جميعه في المقام .

ورواية علي بن أبي حمزة عن أبي بصير (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان اعتق رجل عند موته خادماً له ، ثم أوصى بوصية أخرى الغيت الوصية ، واعتقت الجارية من ثلثه ، إلا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية » .

واستدل أيضاً بصحيحة زرارة (٢) « عن الصادق عليه السلام قال : اذا ترك الدين عليه ومثله أعتق المملوك ، واستسعى » .

ورواية حفص بن البختري (٣) ورواية الحسن بن الجهم (٤) الدالتين علي ما دلّت عليه صحيحة زرارة المذكورة .

وهذه الروايات وأمثالها قد تقدمت في المسئلة السادسة فيما اذا كان على الانسان دين ، فأعتق مملوكه الذي ليس له سواه منجزاً ، من المقصد الخامس في الموصى له ، ثم احتج ببعض الأدلة الاعتبارية كما هي قاعدتهم الي أن قال : احتج المخالف بأنه مالك تصرف في ملكه ، فكان سايقاً ماضياً كالصحيح ، والجواب المنع من الملازمة ، والقياس باطل في نفسه ، والفرق ظاهر ، انتهى .

أقول : انظر الي هذه الميجازفة الظاهرة في عدم استدلاله للقول المذكور بشيء من تلك الروايات المتعددة الصريحة مع كثرتها ، كما عرفت ، وانما أورد هذا التعليل الاعتباري ورده بما ذكره ، وهو عجب من مثله (قدس سره) فان كان ذلك عن عدم اطلاع على شيء من تلك الأخبار فهو عجيب من مثله ، وان كان

(١) الكافي ج ٧ ص ١٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٦ .

(٢) و (٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٨ و ٦٨٩ و ٦٩٠ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٦ وص ٤٢٢ ح ١ و ٢ وص ٤٢٣ ح ٤ .

مع الاطلاع عليها فهو أعجب ، ومن نظر في كلامه هذا ورأى الأخبار الدالة على القول الذي اختاره ، ولم ير في مقابلتها إلا هذا التعليل العليل ، فانه لا يعتريه الشك في تقليده ، والحزم بما ذكره . وأما الروايات التي استدل بها فقد عرفت الجواب عن جملة منها .

بقي الكلام فيما استدل به من صحيحة زرارة وروايتي الحفص والحسن بن الجهم وأمثالها مما قدمنا ذكره في المسئلة ، فانه لا ريب في دلالتها على ما ذكره ، إلا أنا قد قدمنا في تلك المسئلة أن وجه الجمع بين هذه الأخبار وبين الأخبار التي استندنا اليها هنا في الدلالة على ما اخترناه من خروج المنجزات من الأصل ، هو العمل بتلك الأخبار ، لأنها أخص فيخصص بها عموم هذه الأخبار واطلاقها ، لأن مورد تلك الأخبار العتق مع الدين المزاحم له ، فيجب العمل فيها بما دلّت عليه تلك ، ويجب الوقوف فيه على ما دلّت عليه أخبار هذه المسئلة .

وأما روايه أبي بصير التي استدل بها ، فالجواب عنها ما عرفت في الجواب عن رواية علي بن عقبة ، ولنا بناء على اصطلاحهم رد هذه الرواية وأمثالها من رواية علي بن عقبة وغيرهما مما ليس بصحيح باصطلاحهم بضعف الاستناد ، الزاماً لهم باصطلاحهم ، فلا تقوم لهم بها حجة علينا كما لا يخفى ، والله العالم .

المسئلة الثانية : اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في اقرار المريض اذا مات في مرضه على أقوال : أحدها - أنه ينفذ من الأصل مطلقاً ، من غير فرق بين اقراره في حال مرضه ، أو صحته ، وهو مذهب سلال حيث قال : من كان عاقلاً يملك أمره فيما يأتي ويذر ، فاققراره في مرضه كاققراره في صحته ولم يفرق بين الدين ولا العين ، ولا بين الوارث ولا الأجنبي ، ولا بين أن يكون المقر متهما في اقراره أو غير متهم ، وهو اختيار ابن ادریس .

وثانيها - أنه من الأصل أيضاً لكن بشرط عدالة المقر ، وانتفاء التهمة ، لو ارث كان الاقرار أو لأجنبي ، ومن الثلث مع انتفاء أحد القيدین ، وهو مذهب

الشيخين وابن البراج ، والمحقق في الشرايع ، والشهيد الثاني في المسالك ، وسبطه السيد السند في شرح النافع ، والمحدث الشيخ بن الحسن الحر العاملي في الوسائل وغيرهم ، بل صرح في المسالك أنه مذهب المحقق في النافع .

حجة القول الأول كما ذكره عموم (١) « اقرار العقلاء على انفسهم جازي » ولأنه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه في حال الصحة ، ولا يمكن التوصل اليه إلا بالاقرار ، فلولم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة ، وبقي المقر له ممنوعاً من حقه ، وكلاهما مفسدة ، واقتضت الحكمة قبول قوله .

وأنت خبير بما فيه من امكان المناقشة وتطرق البحث اليه ، أما الحديث المذكور فانه يخص عمومه بالأخبار الآتية الدالة على أنه مع التهمة وعدم العدالة لا ينفذ اقراره .

وأما التعليل الآخر ففيه ، الاقرار كما يحتمل أن يكون لما ذكره من ارادة ابراء ذمته ، وأن ذمته مشغولة واقعاً ، كذلك يحتمل أن يكون قصده من الاقرار مجرد حرمان الوارث ومنعه ، وان ذمته غير مشغولة ، كما تشير الى ذلك الأخبار الآتية المصروفة باشتراط نفي التهمة ، وكونه مرضياً ، والاستدلال المذكور مبني على الاحتمال الأول ، وهو غير متعين ، سيما مع دلالة الأخبار المذكورة على ما ذكرناه .

وبالجملة فترجيح أحد الاحتمالين على الآخر ليتمكن التفريع عليه والبناء على ما يقتضيه يحتاج الى دليل ، وليس فليس .

وأما القول الثاني فيدل عليه أما بالنسبة الى الوارث فصحيحة منصور بن حازم (٢) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً ، فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه له ، وموثقة أبي أيوب (٣) « عن أبي

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ الباب ٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٥٧ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ ح ١ و ص ٣٧٨ ح ٨ .

عبدالله عليه السلام في رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً فقال : ان كان المييت مريضاً فأعطه الذي أوصى له ، وأما بالنسبة الى الأجنبي ، نصيحة ابن مسكان عن العلا بياع السابري (١) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته اليك لفلانة ، وماتت المرأة ، فأنتى أولياءها الرجل ، فقالوا له : أنه كان لصاحبتنا مال ، لا نراه إلا عندك ، فأحلف لنا ما قبلك شيء ، أفيحلف لهم ؟ فقال : ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم ، وان كانت متهمة فلا يحلف ، ويضع الأمر على ما كان ، فانما لها من مالها ثلثه .

وأما القول الثالث فيدل عليه بالنسبة الى الاقرار للأجنبي ، وأنه من الثلث ، صحيحة ابن مسكان (٢) عن العلا المتقدمة ، وأما بالنسبة الى الوارث ، وأنه من الثلث مطلقاً ، فاستدل عليه بصحيفة اسماعيل بن جابر (٣) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين قال : قال . يجوز عليه اذا أقر به دون الثلث « وقوى جماعة منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، وسبطه السيد السند في شرح النافع ، حمل الرواية المذكورة وما اشتملت عليه من اعتبار الثلث على حالة التهمة جمعاً بينها ، وبين صحيحة منصور المتقدمة .

وزاد في المسالك احتمال أن نفوذه كذلك بغير قيد ، وهو لا ينافي توقف غيره عليه ، قال : مع أن ظاهرها غير مراد ، لأنه اعتبر نقصان المقر به عن الثلث ، وليس ذلك شرطاً اجماعاً ، انتهى .

أقول : بل الوجه هو الأول الذي يحصل به الجمع بينها وبين الصحيحة المشار اليها ، والرواية التي معها .

واحتمل بعض مشايخنا (عطر الله تعالى مراقدهم) أن يكون «دون» في

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ٣ و ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ .
ج ٦٦١ و ٦٥٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٠ ح ٥٩٥ و ٥٩٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ .
ج ٢ و ٣ .

الرواية بمعنى «عند» وأن يكون المراد الثلث وما دون ، ويكون الاكتفاء مبنياً على الغالب ، لأن الغالب أما زيادته عن الثلث ، أو نقصانه ، وكونه بقدر الثلث بغير زيادة ولا نقص نادر ، انتهى .

أقول : والحمل الثاني غير بعيد فقد وقع التعبير بمثل هذه العبارة في إرادة المعنى المذكور في جملة من موارد الأحكام ، وعليه حمل قوله (١) عز وجل «فان كن نساء فوق اثنتين» أي اثنتين فما فوق .

ثم أقول : قد روى ثقة الإسلام في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن أبي ولاد (٢) «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه ؟ قال : يجوز ذلك ، قلت : فان أوصى لوارث بشي ؟ قال : جائز» وظاهر هذه الرواية انما ينطبق على القول الأول ، لكنها معارضة بصحيفة منصور بن حازم (٣) وموثقة أبي أيوب (٤) المتقدمتين ، وقضية الجمع بين الجميع تقييد إطلاق هذه الرواية بتلك الروايتين .

وكيف كان فهي كما ترى ظاهرة في رد القول الثالث بالنسبة إلى الوارث ، سواء قيدت أم لم تقيد ، لأنه قد حكم بكون الإقرار للوارث من الثالث مطلقاً . وهذه الرواية بحسب ظاهرها قد دلت على كونه من الأصل مطلقاً ، فهي ظاهرة في رده من أصله ، وبالنظر إلى تقييدها بتلك الروايتين يكون رداً عليه في بعض ما أطلقه ، مضافاً إلى ذلك ما عرفت في الرواية التي استدلت بها ، وبما حررناه بظهر لك أن أظهر الأقوال الثلاثة المذكورة هو القول الثاني .

وفي المسئلة أيضاً أقوال آخر ، منها الفرق بين المضي من الأصل والثلث بمجرد التهمة ، وانتفائها .

(١) سورة النساء - الآية ١١ .

(٢) (٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ٥٠ و ص ٤١ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٦٠ و ص ١٥٩ ح ٦٥٦ و ص ١٦٠ ح ٦٥٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٤ و ص ٣٧٦ ح ١ و ص ٣٧٨ ح ٨ .

ومنها جعل مناط الفرق المذكور العدالة .

ومنها تعميم الحكم للأجنبي بكونه من الأصل ، وتقييد ذلك في الوارث بعدم التهمة .

وقد ذكر جمع من الأصحاب (رضي الله عنهم) أن المراد بالتهمة هنا الظن المستند إلى القرائن الحالية والمقالية الدالة على أن المقر لم يقصد باقراره الاخبار عن حق متقدم ، وإنما المراد تخصيص المقر له بما أقرب به ، وحرمان الوارث من حقه أو بعضه ، والتبرع به للغير ، فلذلك جرى مجرى الوصية في الخروج من الثلث خاصة .

والظاهر أن المراد من العدالة في كلامهم هو ما أشار إليه في صحيحة منصور ، وموثقة أبي أيوب بقوله مرضياً ، أي يعتمد على قوله ، ولا يظن به التهمة وقصد حرمان الورثة باقراره ، وهو المراد أيضاً من قوله إلا في رواية العلا بياح السابري « أن كانت مأمونة » .

وبالجملة فانه لما كان المليت ليس له من ماله بعد الموت إلا الثلث خاصة ، وما زاد فهو للوارث ، منع من تصرفه فيه بالوصية ونحوها ، وحينئذ فإذا اعترف بالدين - الذي مخرجه من حيث هو من الأصل لتعلقه بالذمة - من حيث احتمال اعترافه للصحة والبطلان ، وجب التفصيل فيه بما دلت عليه هذه الأخبار ، من أنه إذا كان مرضياً مأموناً ، له ديانة وورع يحجزه عن مخالفة الحدود الشرعية والأوامر الإلهية ، وجب العمل بظاهر اعترافه ، وأخرج من الأصل ، وإلا فأنما يخرج من الثلث .

وبهذا فيظهر ما في كلام جملة من الأصحاب من أن الاقرار انما يكون من الثلث مع ظهور التهمة ، ومع الشك والجهل بالحال يرجع فيه إلى أصالة عدمها ، فيجب الخروج من الأصل ، فانه خلاف ظاهر الأخبار المذكورة حيث إنها صريحة في كون الاخراج من الأصل مشروطاً بكون المقر مرضياً مأموناً ، ومقتضاه

أنه مع الجهل وعدم العلم بوجود الشرط ، أو العلم بعدم وجوده يكون الاخراج من الثلث ، لعدم وجود الشرط الموجب لانتفاء الشرط .

وهذا التحقيق يرجع في الحقيقة الى القول المتقدم بأن مناط الفرق المذكور العدالة ، كما هو منقول عن العلامة في التذكرة ، وأنها هي الدافعة للتهمة ، وهذا هو ظاهر الأخبار المتقدمة .

ويظهر الفرق بين هذا القول والقول الثاني مالو كان المقر على ظاهر العدالة ، وقامت القرائن الحالية أو المقالية على التهمة ، فعلى الاكتفاء بظاهر العدالة ، يكون الاخراج من الأصل ، ولا يلتفت الى مادكت عليه القرائن المذكورة ، وعلى تقدير المشهور من ضم عدم التهمة الى العدالة وجعلهما شرطين ، يكون الاخراج من الثلث ، لانتفاء أحد الشرطين .

وأنت خير بأن اعتبار انتفاء التهمة منفرداً أو منضماً الى شرط العدالة لا يعرف له مستند من الاخبار ، إلا ما يفهم من شرط الامانة وكونه مرضياً الذي هو عبارة عن العدالة عندهم بالتقريب الذي قدمناه .

اللهم إلا أن يقال : ان قيام القرائن بالتهمة الموجب لظنها ينافي العدالة المذكورة ، ولا يجامعها وهو غير بعيد ، وان صرح في المسالك بخلافه ، وجوز اجتماعهما ، بناء على أن العدالة المبينة على الظاهر لا تزول بالظن ، وفيه منع ظاهر فان العدالة انما تبنى على الظن ، واللازم من ذلك تقابل الظنين وترجيح أحدهما على الآخر يحتاج الى مرجح ، والظاهر أنه لما ذكرناه ذهب صاحب الكفاية الى قول آخر في المسئلة ، فقال - بعد أن فسر التهمة بما قدمنا نقله عن جمع من الاصحاب - ما هذا لفظه : والاقوى أن التهمة بالمعنى المذكور توجب المضي من الثلث مطلقاً ، وكون المقر ممن يوجب قوله الظن بصدقه ، لكونه أميناً مصداقاً يوجب المضي من الاصل ، وفي غير ذلك تأمل ، انتهى .

ومحل التأمل في كلامه مالو انتفى الوصفان كما في غير العدل ، أو المجهول

العدالة الذي لم تظهر قرائن التهمة عليه ، وقد عرفت آنفاً أن مقتضى ظواهر الاخبار الدالة على اشتراط كونه مرضياً في الخروج من الاصل ، أنه متى فقد الشرط وجب انتفاء المشروط . فالحكم بأنه من الثلث في هذه الصورة بناء على ذلك الظاهر أنه لا اشكال فيه ، إلا أن ما ذكره من التأمل في أمثال هذه المواضع لا يخلو من وجه .

هذا : وقد صرح بجملة من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة والشهيدان بأنه لو برء المريض فالظاهر نفوذ اقراره من الأصل ، تمسكاً (١) « بأن اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » السالم عما يصلح للمعارضة ، فان رواية العلامة مفروضة في الاقرار الواقع في مرض الموت ، وغيرها لا عموم فيه بحيث يتناول من برء بعد المرض ، واليه مال السيد السند في شرح النافع ، وهو جيد .

تذنيب :

بقي في المقام روايات تتعلق بالمسئلة لا بأس بنقلها ، وبيان ما اشتملت عليه ، ومنها صحيحة الحلبي (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يقر لوارث بدين ؟ فقال : يجوز اذا كان ملياً » .

وصحيحته (٣) الأخرى « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان ملياً » ، وضمير اسم كان يحتمل رجوعه الى الوارث الذي أقر له ، والغرض من ذكر ملائته كون ذلك قرينة على صدق المقر في اقراره له ، ويحتمل عوده الى المقر ، ويجعل ذلك كناية عن صدقه وأمانته ، وعلى هذين الاحتمالين يكون مخرجه من الأصل ، ويحتمل رجوعه الى المقر أيضاً لا باعتبار الأول بل باعتبار التخصيص بالثلث ، بأن تبقى ملائته

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٥٥ .

(٣) التهذيب ج ٦ ص ١٩٠ ح ٤٠٥ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٨ ح ٧٥٥ .

بالتلثين ، وحاصل الجواب أنه يجوز اقراره في الثلث خاصة ، فيكون مخرجـه منه دون الأصل .

ويمكن تأييد هذا المعنى بموثقة سماعة (١) « قال : سألتـه عمن أقر للورثة بدين عليه وهو مريض ؟ قال يجوز عليه ما أقر به اذا كان قليلاً » .
بحمل القليل فما دونه ، بمعنى أن مخرج هذا الذي أقر به من الثلث .
وعلى هذا تكون هذه الروايات مطابقة لمذهب المحقق في النافع إلا أن تحمل على التهمة كما تقدم ذكره في صحيحة اسماعيل بن جابر (٢) إلا أن الاستناد اليها مع ما هي عليه من الاجمال الموجب لاتساع دائرة الاحتمال لا يخلو من الاشكال ، والحق أن هذه الأخبار لا يظهر لها معنى يعتمد عليه ، ولا يفهم منها حكم يرجع اليه .

ومنها صحيحة سعد بن سعد (٣) « عن الرضا عليه السلام قال : سألتـه عن رجل مسافر حضره الموت ، فدفع مالا الى رجل من التجار ، فقال : ان هذا المال لفلان بن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير ، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعل له بأمر ، ولا يدري صاحبه ما الذي حمله على ذلك كيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء » .

قال بعض مشايخنا (رضوان الله عليهم) : قوله « يضعه حيث شاء » أي هو ماله يضعه حيث يشاء ، إذ ظاهر اقراره أنه أقر له بالملك ، ويكفي ذلك في جواز تصرفه ، فلا يلزمه بيان سبب الملك ، ويحتمل أن يكون المراد أنه أوصى اليه بصرف هذا المال في أي مصرف شاء ، فهو مخير في الصرف فيه مطلقاً أو في وجوه البر ، انتهى .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٥٨ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ١٤ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٣ ح ٢٣ وفيه « عن سعد بن اسماعيل عن أبيه » ، التهذيب

ج ٩ ص ١٦٠ ح ١٦٦٢ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٩ ح ٩ وص ٣٧٧ ح ٣ وص ٣٧٨ ح ١٦ .

أقول : لا يخفى أن سياق الرواية المذكورة ظاهر في أن اعتراف الرجل بذلك المال لذلك الشخص الذي سمّاه ، ليس له أصل بالكلية ، ولهذا ان الرجل المسمى لم يقبض المال ، ولم يأمر فيه بأمر ، بل تعجب من ذلك ، ولم يدر ما الذي حمل ذلك الرجل على الاعتراف له ، مع أنه لا يستحق في ذمته مالا بالكلية ، وحينئذ فقرينة التهمة في هذا الاعتراف ظاهرة ، فيجب بمقتضى ما تقدم أن يكون مخرجه من الثلث خاصة ، وظاهره أن المال باق في يد الامين ، وحينئذ فيجب أن يحمل جوابه عليه السلام « بأن ذلك له يضعه حيث يشاء » أما على عدم وجود وارث اذلك الرجل المقر ، فان من لا وارث له ، له أن يوصى به كمالاً إلى من نشاء ، أو يعترف به كما هو أصح القولين في المسئلة ، أو على أن ذلك المال يخرج من الثلث ، أو أن الغرض من الجواب بيان صحة الانتقال والتملك بمجرد هذا الاعتراف مع قطع النظر عن هذه المسئلة بالكلية .

وكيف كان فالخبر غير خال من شوب الاشكال ، لما فيه من الاجمال .
ومنها رواية أبي بصير (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين ، وأوصى أن هذا الذي ترك لأهل المضاربة أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصداقاً » .

أقول : هذا الخبر مما ينتظم في سلك أخبار القول الثاني ، والتعبير بقوله « مصداقاً » مثل قوله في تلك الاخبار « مرضياً ومأموناً » .

ومنها رواية السكوتي (٢) « عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كان يرد النحلة في الوصية ، وما أقر عند موته بلائبت ولا بيّنة رده » .

أقول : الظاهر أن المراد من قوله « يرد النحلة في الوصية » بمعنى يجعلها داخلة في الوصية ومن قبيلها ، فيكون الجار والمجرور متعلقاً بـ « يرد » ، وأما احتمال

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٧ ح ٦٧٩ و ص ١٦١ ح ٦٦٣ ، الوسائل

تعلّفه بالنحلة فانه يقتضى رد النحلة مطلقاً ، وهو مخالف لظاهر الأخبار المتقدمة ، وغيرها ، والمراد بقوله « وما أقرب به عند موته » الى آخر ما ذكره الشيخ في كتابي الأخبار من الحمل على ما اذا كان غير مرضي بل متهماً على الورثة فيكون معنى رده يعنى من الأصل وأن اخرج من الثلث ، وظاهر الخبر رده مطلقاً ، إلا أنه لما كان مخالفاً لما تقدم من الأخبار ، فالواجب حمله على ما ذكره الشيخ (رحمة الله عليه) .

ومنها رواية محمد بن عبد الجبار (١) « قال : كتبت الى العسكرى عليه السلام : امرأة أوصت الى رجل وأقرت له بدين ثمانية آلاف درهم ، وكذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف وشعر وشبه وصفر ونحاس ، وكل مالها أقرت به للموصى اليه ، وأشهدت على وصيتها وأوصت أنه يحج عنها من هذه التركة حجتان ، ويعطى مولاه لها أربعمائة درهم وماتت المرأة ، وتركت زوجاً ولم ندر كيف الخروج من هذا ، واشتبه علينا الأمر ، وذكر الكاتب أن المرأة استشارته فسألته أن يكتب لها ما يصح لهذا الوصي فقال : لا تصح تركك لهذا الوصي إلا باقرارك له بدين يحيط بتركك بشهادة الشهود ، وتأمر به بعد أن ينفذ ما توصيه به ، فكتب له بالوصية على هذا ، وأقرت للوصي بهذا الدين ، فأريك أدام الله عزك في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا ، وتعرفنا ذلك لنعمل به ان شاء الله ؟ فكتب عليه السلام بخطه : ان كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال ان شاء الله وان لم يكن الدين حقاً أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف » .

أقول : لما كان ظاهر سياق هذه الحكاية أن المرأة المشار اليها قاصدة بهذا الاقرار حرمان الوارث لم يرتب الحكم فيها على عدالة المقر ، وكونه مرضياً ، لأن المعلوم من السياق خلافه بل رتبته على ثبوت الدين ومعلومية صحته ، وهو

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٦١ ح ٦٦٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٩ ح ١٠ .

نظير ما تقدم في رواية السكوني من قوله عَلَيْهِ السَّلَام « بلا ثبت ولا بينة رده » بناء على ما يدلنا به من التأويل بأنه اذا كان متهماً احتيج الى اخراجه من الاصل الى البينة الموجبة لثبوته ، وإلا فمن الثالث .

وأما قوله في الخبر المذكور « فرأيك أدام الله عزك في مسألة الفقهاء قبلك » فانه لا يخلو من غموض ، قال المحدث الكاشاني في الوافي : مارأيك أذ أعلمنا رأيك في سؤالنا الفقهاء الذين يكونون عندك من شيعتك عن هذا ، وفي تعرفنا ذلك منهم ، اذ ليس لنا اليك وصول ، وكان غرضه الاستيذان في مطلق سؤالهم من المسائل ، انتهى .

أقول : الظاهر أنه لا يخلو من بعد ، وقال : شيخنا المجلسي في حواشيه على كتب الأخبار لعل المراد بالفقهاء الاثمة عَلَيْهِمُ السَّلَام أي نطلب رأيك أو تتبعه ، أو ان رأيت المصلحة في أن تعرفنا ما أجاب به الاثمة المتقدمة عليك عند سؤالهم عن هذه المسئلة ، فعلى الأخير يكون وتعرفنا معطوفاً على مسئلة ، تفسيراً لها ، ويحتمل أن يكون المراد السؤال عن فقهاء أهل البلد ، وتعريف الجواب بأن يقرأ قبلك بكسر الفاف وفتح الباء ، وعلى التقديرين يكون هذا النوع من الكلام الغير المعهود من أصحابهم للتقية ، وعلى الثاني لنهاية التقية ويمكن أن يكون المراد مارأيك في مسئلة سألنا الفقهاء قبل أن نسئلك فيها يعني فقهاء بلد السائل ، انتهى .

أقول : والذي يظهر لي من العبارة المذكورة أن المراد انما هو عرفنا رأيك في هذه المسئلة التي سئل الفقهاء قبلك لنعمل بما تعرفنا دون ما قالوا أولئك الفقهاء فيها ، وحينئذ يكون المراد بالفقهاء فقهاء العامة .

ومنها رواية مسعدة بن صدقة (١) « عن جعفر بن محمد عن أبيه عَلَيْهِ السَّلَام قال : قال علي عَلَيْهِ السَّلَام لا وصية لوارث ولا اقرار بدين » يعني اذا أقر المريض لأحد من

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٢ ح ٦٦٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٠ ح ١٣ .

الورثة بدين فليس له ذلك ، وحمله الشيخ في التهذيبين تارة على التقية وأخرى على المنتهم ، وما زاد على الثلث .

أقول : ماتضمنه من النهي عن الوصية للوارث فلاريب في حمله على التقية ، لأن ذلك مذهب الجمهور ، وأخبارنا المعتضدة باتفاق أصحابنا دالة على الجواز كما تقدم تحقيقه في المسئلة المذكورة من المقصد الأول ، وأما المنع من الاقرار بالدين فهو يتعين الحمل على أحد الحملين ، والله العالم .

المسئلة الثالثة : اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أن من مات ولا وارث له ، هل له أن يوصي بجميع ماله الى من شاء أم لا ؟ فذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة في المختلف الى الثاني ، وذهب ابن الجنييد والصدوق في المقنع وهو ظاهر الشيخ في كتابي الأخبار الى الأول ، وهو ظاهر المحدثين المحسن الكاشاني في الوافي والحر العاملي في الوسائل ، وهو المختار .

وقال في المختلف : قال الشيخ في الخلاف : من ليس له وارث قريب أو بعيد ؛ ولا مولى نعمة لا يصح أن يوصي بأكثر من الثلث ، وذهب ابو حنيفة وأصحابه وشريك ، الى أن له أن يوصي بجميع ماله ، وروي ذلك في أحاديثنا ، ثم استدل بصحة الوصية بالثلث اجماعاً ولادليل على الزائد ، وروي معاذ بن جبل (١) « عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال : ان الله تعالى تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم » ولم يفرق بين أن يكون له وارث أم لا ، وقال ابن ادريس أيضاً : لا يصح الا في الثلث ، وقال ابن الجنييد : روى عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (٢) أنه قال : « ومن أوصى بالثلث فقد بلغ المدي » يعنى بذلك اذا كان له ورثة ومن تجاوز ذلك الى الثلث لم يجز إلا أن تشاء الورثة ، فأما من لا وارث له فجائز أن يوصي بجميعه لمن شاء ، وفيما شاء مما أبيح الوصية فيه ،

(١) المستدرک ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٩ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٠ ح ١ .

وقال الصدوق في المقنع : اذا مات الرجل ولا وارث له ولا عصبه قال : يوصى بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين ، والمعتمد الأول ، لما تقدم ، واحتج الآخرون بما روى السكوني (١) « عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه سئل عن الرجل يموت ولا وارث له ولا عصبه ، قال : يوصى بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين وابن السبيل .

وقد روى الشيخ والصدوق معاً عن عمار بن موسى (٢) « عن الصادق عليه السلام قال : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز له » وتأوله بأنه اذا لم يكن وارث قريب أو بعيد ، فيوصى به كله ، واستدلا بما سبق من حديث السكوني ، والوجه ترك هذه الرواية لضعفها ، انتهى كلامه في المختلف .

أقول : العجب من الشيخ (قدس سره) أنه استدل على ما ذهب اليه في الخلاف من عدم صحة الوصية في الصورة المذكورة بأن الوصية بالثلث مجمع عليه ، وما زاد لادليل عليه مع أنه بعد أن نقل عن أبي حنيفة أن له أن يوصي بجميع ماله قال : وروى ذلك في أحاديثنا ، وحينئذ فإذا اعترف برواية ذلك في أحاديثنا كيف يتم له قوله « والوصية بما زاد على الثلث لادليل عليه » والدليل موجود باعترافه ، إلا أن يبين وجه قدح فيه يوجب عدم العمل به ، ومع ذلك يستند الى هذه الرواية العامة ، ويطرد هذه الرواية التي اعترف بها .

وأعجب من ذلك قول العلامة بعد ذلك ، والمعتمد الأول ، بما تقدم ، وأشار بالأول الى مذهب الشيخ في الخلاف ، وأشار بما تقدم الى استدلال الشيخ مع ما عرفت فيه من القصور الظاهر لكل ناظر .

نعم يمكن أن يستدل لما ذهب اليه الشيخ في الخلاف ومن تبعه باطلاق بعض الروايات الدالة (٣) على أنه متى أوصى بما زاد على الثلث وجب رده الى

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٨ ح ٧٥٤ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٣ ، النقيه ج ٤ ص ١٥٠ ح ٥٢٠ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٠ ح ١ و ص ٣٨٢ ح ٥

و ص ٣٥٨ الباب ٨ ح ١ .

الثالث وبطلت الوصية بالزائد ، باطلاقها دالة على وجوب الرد الى الثالث ، وجد وارث ثمة أم لم يوجد ، إلا أن فيه أن أكثر الأخبار قد تضمنت وجود الوارث في البين ، ففي جملة منها أنه تمضي الوصية في الثالث ، وترد الباقي على الورثة ، وفي جملة إلا أن تجيز الورثة ، وحينئذ فيحمل اطلاق تلك الأخبار على هذه .

ومما يعضد رواية السكوني موثقة عمار المتقدمة في كلام العلامة الدالة على أنه ان أوصى بماله كله فهو جائز ، بحملها على عدم الوارث ، اذ لجائز أن يعمل بها على ظاهرها فيلزم طرحها ، والعمل بالخبر مهما أمكن أولى من طرحه ، كما صرحوا به في غير موضع ، والعلامة في المختلف انما تمسك في ردها بضعف السند ، بناء على هذا الاصطلاح الغير الصحيح ولا المعتمد ، ومن لا يعمل به لا يصح عنده رد الخبر بغير معارض .

فان قيل : أخبار كون (١) « الامام وارث من لا وارث له » تعارض هذه الرواية ، قلنا : ما ذكرت من الأخبار مطلق أو عام ، وهذه الرواية خاصة أو مقيدة فالقاعدة تقتضي تقديم العمل بهذه الرواية وتخصيص تلك الأخبار أو تقييدها بها . على أنه مما يعضد هذه الرواية ما رواه الشيخ في الصحيح عن احمد بن محمد بن عيسى (٢) « قال : كتب اليه محمد بن اسحاق المتطيب : وبعد أطال الله بقاءك نعلمك ياسيدنا اننا في شبهة من هذه الوصية التي أوصى بها محمد بن يحيى درباب ، وذلك أن موالى سيدنا وعبيده الصالحين ذكروا أنه ليس للميت أن يوصي اذا كان له ولد بأكثر من ثلث ماله ، وقد أوصى محمد بن يحيى بأكثر من النصف مما خلف من تركته ، فان رأى سيدنا ومولانا أطال الله بقاءه أن يفتح غياب هذه الظلمة التي شكونا ويفسر ذلك لنا نعمل عليه ان شاء الله تعالى فأجاب ^{عليه السلام} : ان كان أوصى بها من قبل أن يكون له ولد فجائز وصيته وذلك أن ولده ولد من بعده » .

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٦ الباب ٤٤ و ص ١٩٧ ح ٧٨٩ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٤٧ الباب ٣ و ج ١٣ ص ٣٧٠ ح ٢ .

وظاهر الخبر المذكور أنه لو أوصى بأكثر من الثلث ولو بالمال كله قبل وجود الوارث ، ثم تجدد له وارث ، ولم يعدل الموصي عن الوصية الى أن مات ، فإنه يجب العمل بتلك الوصية ، ويحرم الوارث من المال الموصى به ، وهو حكم غريب وفرع عجيب لم أقف على من نبه عليه ، ولا تنبه اليه .

وربما يقال : ان أدلة الارث كتاباً وسنة يقتضى وجوب رد ما زاد على الثلث الى الوارث ، إلا أنه يمكن القدح فيه ، بأن تلك الأدلة مطلقة ، وهذا الخبر خاص بصورة الوصية بالمال وتقدمها على وجود الوارث ، والقاعدة تقتضى تقديم العمل به ، سيما مع صحة الخبر باصطلاحهم ، وكيف كان فالخبر المذكور ظاهر فيما دلت عليه رواية السكوني من صحة الوصية بالمال كله مع عدم وجود الوارث ، فالقول بذلك متعين . وفقاً لما قدمنا ذكره عن أصحابنا .

وقال في الدروس بعد ذكر استحباب اقلال الوصية : وأن الخمس أفضل من الربع ، والربع أفضل من الثلث : وقال علي بن بابويه : اذا أوصى بماله كله فهو أعلم ، ويلزم الوصى انفاذه لرواية عمار (١) ان أوصى به كله فهو جائز له ، وحملها الشيخ على من لا وارث له ، فجوز الوصية بجميع المال لمن لا وارث له ، وهو فتوى الصدوق وابن الجنيد لرواية السكوني ، ومنع الشيخ في الخلاف من الزيادة على الثلث مطلقاً ، وهو مختار ابن اديس والفاضل ، انتهى .

أقول : ظاهر كلام شيخنا المذكور هو التوقف في المسئلة حيث اقتصر على نقل الخلاف الذي فيها ، ولم يرجح شيئاً من القولين ، ولا طعن في أحد الجانبين وأما ما نقله عن الشيخ علي بن بابويه فقد تقدم الكلام فيه ، وبيننا أن مستنده في ما ذكره من الحكم المذكور انما هو كتاب الفقه الرضوي ، فان عبارته هنا عين عبارة الكتاب كما أوضحناه في جملة من الأبواب ، ولكنهم خفي عليهم ذلك استدلوا له بهذه الرواية ، والله العالم .

المسئلة الرابعة : قال الشيخ في النهاية : اذا قال الموصي لوصيه اقض عني ديني ، وجب عليه أن يبدأ به قبل الميراث فان تمكن من قضاؤه وام يقض وهلك المال كان ضامناً له ، وليس على الورثة لصاحب الدين سبيل ، وان كان قد عزل من أصل المال ولم يتمكن من اعطائه أصحاب الديون وهلك من غير تفریط من جهته كان لصاحب الدين مطالبة الورثة بالدين من الذي أخذه ، وتبعه ابن البراج ، وبهذه العبارة قال ابن ادریس ، إلا أنه زاد في عبارة الشيخ ، فقال في كتابه : واذا قال الموصي لوصيه اقض عني ديني ، وجب عليه أن يبدأ به قبل الميراث ، فان تمكن من قضاؤه ولم يقضه وهلك المال كان ضامناً له ، وليس على الورثة لصاحب الدين سبيل ان كان قد صار اليهم من التركة حقهم ، فان كان قد عزله الوصي من أصل المال ، وقسم الباقي بينهم ، ولم يتمكن من اعطائه أصحاب الديون وهلك من غير تفریط من جهته ، كان لصاحب الدين مطالبة الورثة بالدين من الذي صار اليهم وأخذه واقتسموه ، انتهى .

والعلامة في المختلف قد استدرك عليه الزيادة الأولى ، واعترض فيها ، فقال بعد نقل ذلك : والمعتمد أن نقول في الفرض الأول اذا كان قد بقي من المال شيء وأخذه الورثة سواء كان حقهم ، أو أزيد ، أو أنقص ، كان لصاحب الدين مطالبة الورثة بأقل الأمرين من حقه ومما صار اليهم ، ثم يرجع الورثة على الوصي بتفريطه لعدم انحصار حق صاحب المال فيما تلف ، وان حمل المال في قول الشيخ وهلك المال بأن هلك جميعه قبل أن يصل الى الوارث منه شيء استقام الحكم وانتظم ، والظاهر أن مراد الشيخ وابن البراج ذلك ، ولكن ابن ادریس لقلة فطنه زاد ما أفسد به الكلام من حيث لا يشعر ، انتهى .

أقول : وهذه المناقشات بعد ظهور المعنى بقرائن الحال والمقال من ابن ادریس للشيخ ، ومن العلامة لابن ادریس مما يستغنى عنه ، فان من الظاهر أن الورثة مالم يصل اليهم شيء من التركة ، لا يتعلق بهم حق من الديون بالكلية ،

ج ٢٢ في عدم ضمان الوصي مقدار الدين مع العزل وعدم التفريط ٦٢٩

ومع وصول شيء لهم لا يتعلق بهم ولا يجب عليهم وفاء بإزاد عنه ، ومع هلاك التركة في يد الوصي بتفريطه يلزمه الضمان ، ولا رجوع على الورثة بشيء ، لأنه لم يصل اليهم منها شيء ، وهذه أحكام معلومة متفق عليها بينهم .

ثم أن الذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه المسئلة مارواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : في رجل توفي فأوصى الى رجل وعلى الرجل المتوفي دين فعمد الذي أوصى اليه فعزل الذي للفرماء فرفعه في بيته وقسم الذي بقي بين الورثة ، فسرق الذي للفرماء من الليل ممن يؤخذ ؟ قال : هو ضامن حين عزله في بيته يؤدي من ماله » .

وعن أبان (٢) عن رجل « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى الى رجل أن عليه ديناً ؟ فقال : يقضى الرجل بما عليه من دينه ، ويقسم ما بقي بين الورثة ، قلت : فسرق ما أوصى به من الدين ، ممن يؤخذ الدين أمن الورثة أم من الوصي ؟ فقال : لا يؤخذ من الورثة ، ولكن الوصي ضامن لها » .

قال في التهذيبين : انما يكون الوصي ضامناً للمال اذا تمكن من ايصاله الى المستحق فلم يفعل ، انتهى وهو جيد ، فان الضمان انما يلزم مع التفريط ، والتفريط ليس إلا مع امكان الدفع الى صاحبه ، والاخلال بذلك كما تكاثرت به الأخبار في جملة من الأحكام .

والذي يكشف عن ذلك مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم (٣) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل بعث زكاة ماله ليقسم فضاقت ، هل عليه ضمانها حتى تقسم ؟ فقال : اذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن ، الى أن قال : وكذلك الوصي الذي يوصى اليه يكون ضامناً لما دفع

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٨ ح ٦٨٥ و ٦٨٤ .

(٣) الكافي ج ٣ ص ٥٥٣ ح ١ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤١٧ ح ٢ و ص ٤١٨ ح ٤ و ج ٦

ص ١٩٨ ح ١ .

اليه اذا وجد ربه الذي أمر بدفعه اليه ، فان لم يجد فليس عليه ضمان .
ثم انه مع التفريط ولزوم الضمان للوصي لا يتعين رجوع الديان على الوصي ،
بل يتخيرون بين الرجوع على الوصي أو على الورثة فيما قبضوه من حصصهم ،
وترجع الورثة على الوصي ، لأن ما عزله الوصي لا يتعين للدين بمجرد عزله ما لم
يصل الى الديان ، بل الدين يتعلق بالتركة كائناً ما كانت ، وكيف كان فالضمان
انما هو على الوصي ، والنقصان انما هو عليه من ماله ، لأن الورثة متى أخذ منهم
الديان الدين رجعوا به عليه ، فلا يلحقهم ضمان ولا نقص ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : اذا انتقل الى المريض من ينعتق عليه كآبيه وابنه مثلاً
فلا يخلو إلا أن يكون بغير عوض أو بعوض ، وعلى التقديرين فإما أن يكون
الملك اختيارياً أو قهرياً ، وعلى تقدير الملك بعوض ، فإما أن يكون العوض
موروثاً أو لا ، فهذه صور ست :

الأولى - أن يملكه بغير عوض ويكون الملك اختيارياً ، كما لو أوصى له أحد
بأبيه أو أمه فقبل الوصية أو وهبه له بغير عوض ، فقبل الهبة ، فان قلنا أن
منجزات المريض من الأصل كما هو أحد القولين في المسئلة ، كان انعاقه من
الأصل ، ولا اشكال فيه ، وان قلنا أن المنجزات من الثلث كما هو المشهور بين
المتأخرين فوجهان : بل قولان : أحدهما - للمحقق في الشرايع مدعياً عليه الاجماع
وهو أن عتقه من الأصل ايضاً ، قال : ولو أوصى له بأبيه فقبل الوصية ، وهو
مريض ، عتق عليه من أصل المال اجماعاً ، لأنه انما يعتبر من الثلث ما يخرج عن
ملكه ، وهنا لم يخرج بل بالقبول ملكه ، وانعتق عليه تبعاً لملكه ، ومرجع
استدلاله الى أمرين : أحدهما الاجماع ، وثانيهما مذكروه من أن المعتبر من الثلث
على القول به في المنجزات ، انما هو بالنسبة الى ما يخرج المريض عن ملكه بنفسه
اختياراً ، كما لو اعتق العبد أو وهب أو تصدق أو نحو ذلك ، وهنا لم يخرج المريض
شيئاً على هذا الوجه ، وانما المخرج له هو الله سبحانه حين ملكه بالقبول ، وانعتق

عليه قهراً تبعاً للملك . فلم يكن مفوتاً شيئاً باختياره ، وانما جاء القوات من قبل الله عز وجل .

ثانيهما - للعلامة في التحرير وهو أن عتقه من الثلث ، كالعتق اختياراً ، استناداً الى أن اختيار السبب وهو قبوله الوصية وقبوله الهبة في المثاليين المتقدمين اختياراً للمسبب ، وهو العتق المترتب على القبول ، فمتى كان الأول معذوراً كان الثاني كذلك ، وهو يرجع الى منع كون العتق قهرياً كما ادعاء ذلك القائل ، بل هو اختياري له ، فانه لو لم يقبل لما دخل في ملكه ، ولما انعتق عليه ، ولما قبل باختياره ترتب عليه ذلك ، فيكون من قبيل عتق العبد باختياره ، وبالجمله فانه لا يلزم من كون الخروج قهرياً كونه من الأصل ، وانما يلزم ذلك لو لم يكن مستنداً الى اختيار المريض الممتلك بالقبول ، كما ذكرناه لكنه مستند اليه ، وبذلك يظهر الجواب عن أحد الدليلين المتقدمين .

وأما الثاني وهو الاجماع ففيه ما ذكره شيخنا في المسالك ولذا كره بطوله لقوة وجودة محصوله ، وان كان قد قدمنا نبذة منه في غير موضع فيما تقدم ، وهو أيضاً قد خالفه في غير موضع من كتابه هذا ، لكنه الحق الحقيق بالاتباع ، وان كان قليل الاتباع ، قال قدس سره : ولا يقدر دعواه الاجماع في فتوى العلامة بخلافه ، لأن الحق أن اجماع أصحابنا انما يكون حجة مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم ، فان حجيته انما هو باعتبار قوله عندهم ، ودخول قوله في قولهم في مثل هذه المسئلة النظرية غير معلوم ، وقد به المصنف في أوائل المعتبر على ذلك ، فقال : ان حجية الاجماع لا يتحقق إلا مع العلم القطعي بدخول قول المعصوم في قول المجمعين ، ونهى عن الاعتراض بمن يتحكم ، ويدعى خلاف ذلك ، وهذا عند الانصاف عين الحق ، فان ادخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قول جماعة معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقة لهم تحكم بارد ، وبها يظهر جواز مخالفة الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا

فيها الاجماع ، اذا قام عنده الدليل على ما يقتضى خلافهم . وقد اتفق لهم ذلك كثيراً ، لكن زلة القدم متسامحة عند الناس دون المتأخر ، انتهى وهو جيدمتين كما لا يخفى على الحاذق المكين .

الثانية - الصورة بحالها ولكن ملكد بغير اختيار كحصوله له بالارث . وبنبغي القطع بكونه من الأصل هنا ، وان قلنا في سابق هذه الصورة بكونه من الثلث ، لعدم الاختيار في السبب ولا في المسبب ، ونقل عن التذكرة أنه جعل العتق أقرب ، وربما قيل : بأنه متى قلنا في الصورة الاولى بكونه من الثلث ، فيحتمل كونه هنا كذلك ، فيتحقق الملك للمريض فيكون معدوداً من جملة أمواله ، فاعتاقه يفوت عليهم المالية ، وفيه أنه لم يتلف على الوارث شيء مما هو محسوب مالا ، لأنه بمجرد الارث ينعتق عليه ، وأيضاً فان العتق قهري والملك قهري ، وقد عرفت في الصورة السابقة : أن وجه القول بكونه من الثلث انما هو لكون السبب اختيارياً وهنا ليس كذلك كما عرفت .

الثالثة - أن يملكه بعوض موروث اختياراً ، بمعنى أن يملكه باختياره بعوض لوبقي في مدة ، لأنه ينقل بعد الموت لوارثه كالشركاء بضمن المثل ، فمن قال : ان المنجزات مخرجها من الأصل ، فانه يكون هنا من الأصل ، وهو ظاهر ، ومن قال انها من الثلث ففي اعتاقه قولان : أحدهما - أنه من الثلث كما اختاره العلامة في الارشاد ، وفي الأحكام المعنوية من القواعد ، وعلل بأن تملكه له باختياره سبب في عتقه فجرى مجرى المباشرة خصوصاً عند من يجعل فاعل السبب فاعل المسبب كالجبائين ، قال في المسالك : وهذا هو الأصح .

وثانيهما - نفوذه من الأصل ، لأنه انما يحجر عليه في التبرعات ، والشراء بضمن المثل ليس بتبرع ، فلا يكون محجوراً عليه ، والعتق حصل بغير اختياره ، فلا يعتبر فيه الثلث ، وهذا القول اختيار العلامة في كيفية التنفيذ من كتاب القواعد .

ورد بأن بذل الثمن في مقابلة ما قطع بفواته وزوال ماليته بالانعتاق
تضييع على الوارث كما لو اشترى ما يقطع بموته عاجلاً .

وشيخنا الشهيد في شرح الارشاد اقتصر على نقل القولين المذكورين ، ونقل
دليل كل منهما ولم يرجح شيئاً منهما ولا طعن في شيء من الدليلين المذكورين
وهو مؤذن بالتوقف في ذلك .

الرابعة - أن يملكه بعوض موروث ملكاً قهرياً بغير اختياره ، بأن يكون
مستنداً الى حكم الشارع وأمره له به كما لو كان نذر في حال الصحة ، أو في حال
المرض ان قلنا بكونه من الأصل ، بأنه ان وجد قربة يباع بعوض ، وهو قادر
عليه اشتراء ، فان هذا من الأصل على القولين ، ويحتمل ضعفاً كونه من الثلث
بحصول السبب المقتضى للتصرف في المرض ، ووجه ضعفه باسناد ذلك الى ايجاب
الشارع فكان عليه بمنزلة الدين .

الخامسة - أن يملكه بعوض غير موروث كما لو آجر نفسه للخدمة به ، فانه
عندهم يعتق من الأصل لعدم تفويته شيئاً على الوارث .

السادسة - أن يملكه كذلك بغير اختياره ، بل بالزام الشارع كما لو نذر
تملكه بالاجارة كذلك ، والحكم في هذه الصورة كسابقتها بطريق أولى ،
والله العالم .

المسئلة السادسة : الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في صحة الوصية بالإشارة
على المراد مع تعذر اللفظ ، وكذا الكتابة مع التلفظ أيضاً ، والقرينة الدالة على
الدالة قصد الوصية بها .

ويدل على الأول مارواه في الفقيه عن محمد بن أحمد عن السندي بن محمد
عن يونس بن يعقوب عن أبي مريم (١) ذكره عن أبيه أن أمانة بنت أبي العاص

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٩٣٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٥٠٦ ،
الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ح ١ ج ١٦ ص ٥٩ ح ١ .

وأما زينب بنت رسول الله (صلى الله عليه وآله) كانت تحت علي بن أبي طالب عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد علي عليه السلام المغيرة بن النوفل فذكر أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها، فجاءها الحسن والحسين عليهما السلام ابنا علي عليه السلام وهي لا تستطيع الكلام: فجعلوا يقولان لها والمغيرة كاره لذلك: أعتقت فلاناً وأهله؟ فجعلت تشير برأسها نعم، وكذا وكذا فجعلت تشير برأسها أي نعم لا تفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها.

ورواه الشيخ بهذا السند مثله، ورواه بسند آخر في الصحيح عن الحلبي (١)
«عن أبي عبد الله عليه السلام أن أباة حدثه أن أمانة...» الحديث..

ومارواه عبد الله بن جعفر الحميري (٢) في كتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن علي جعفر عن أخيه قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهليهما يسأله أعتقت فلاناً وفلاناً فيؤمى برأسه أو تؤمى برأسها، في بعض نعم، وفي بعض لا، وفي الصدقة مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز.

ومارواه في الكافي بسنده عن محمد بن جمهور (٣) عن بعض أصحابنا «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن فاطمة بنت أسد أم أمير المؤمنين عليه السلام كانت أول امرأة هاجرت إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) من مكة إلى المدينة على قدميها إلى أن قال: وقالت لرسول الله (صلى الله عليه وآله): إني أريد أن اعتق جاريته هذه فقال لها: إن فعلت اعتق الله بكل عضو منها عضواً منك من النار، فلما مرضت أوصت إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) وأمرت أن يعتق خادمها واعتقل

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٥٨ ح ٩٣٨.

(٢) قرب الاسناد ص ١١٩.

(٣) أصول الكافي ج ١ ص ٤٥٣ ح ٢.

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ الباب ٤٩ ح ٢ و ٣.

لسانها ، فجعلت تؤمى الى رسول الله (صلى الله عليه وآله) ايماءً ، فقبل رسول الله (صلى الله عليه وآله) وصيتها ، الحديث .

ويدل على الثاني ما رواه الصدوق عن عبد الصمد بن محمد عن حنان بن سدير (١) عن أبيه « عن أبي جعفر عليه السلام قال : دخلت على محمد بن الحنفية ، وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب ، قال : فأمرت بالطست فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له : فخط بيدك قال : فخط وصيته بيده في الرمل ونسخت أنا في صحيفة » وما رواه الشيخ عن محمد بن أحمد بن يحيى عن عبد الصمد بن محمد مثله ، اما الخلاف والاشكال في الاكتفاء بالكتابة في الاختيار ، فظاهر أكثر الأصحاب عدم الاكتفاء بذلك .

قال شيخنا الشهيد الثاني في الروضة بعد قول المصنف انه يكفي الإشارة والكتابة مع تعذر اللفظ - ماصورته : ولا تكفيان مع الاختيار وان شوهدا كاتباً أو علم خطه أو عمل الورثة ببعضها ، خلافاً للشيخ في الأخير أو قال : انه بخطي ، وأنا عالم به ، وهذه وصيتي فاشهدوا علي بها ، ونحو ذلك بل لابد من تلفظه أو قرأته عليه واعترافه بعد ذلك ، لأن الشهادة مشروطة بالعلم ، وهو منفي هنا خلافاً لابن الجنييد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده ، ثم قال : والأقوى بقراءة الشاهد له مع نفسه مع اعتراف الوصي بمعرفة ما فيه وأنه موصي به ، وكذا القول في المقر ، انتهى .

أقول : أما ما نقله عن الشيخ فانه إشارة الى ما ذكره في النهاية حيث قال : اذا وجدت وصية بخط المييت ، ولم يكن اشهد عليها ولا أقربها كان الورثة بالخيار بين العمل بها وبين ردها وابطالها ، فان عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها ، واعترضه ابن ادريس في ذلك ، فقال : وقد روي أنه اذا وجدت وصية بخط المييت

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٥٠٥ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٩٣٤ ،

الموسائل ج ١٣ ص ٤٣٦ ح ١ .

ولم يكن أشهد عليها ولا أمر بها ، فان الورثة بالخيار بين العمل بها وبين ردها وإبطالها ، فان عملوا بشيء منها لزمهم العمل بها جميعاً ، على ما روى في بعض الأخبار وأورده شيخنا أبو جعفر في نهايته ، والذي يقتضيه أصول مذهبنا أنهم اذا أقرؤا بشيء منها وقالوا به ، وقالوا : ان هذا حسب صحيح أوصى به دون ما عداه مما في هذا المكتوب ، فانه لا يلزم العمل بجميع ما في المكتوب إلا بما أقرؤا به دون ما عداه ، وانما هذه رواية وخبر واحد أورده الشيخ إيراداً ، وقد بينا أن أخبار الآحاد لا يجوز العمل بها في الشرعيات ، انتهى .

أقول والذي وقفت عليه في الأخبار مما يتعلق بهذه المسئلة هو ما رواه الصدوق (قدس الله روحه) عن ابراهيم بن محمد الهمداني (١) « قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام : رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد أوصيت ، إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به ، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام : ان كان له ولد ، ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر أو غيره ، ورواها الشيخ في التهذيب أيضاً الا أنه قد سقط من قلمه ما بين كتاب الأول الى كتاب الثاني ، والأقرب من سقط قلمه كما وقع له أمثال ذلك مما لا يحصى في متون الأخبار وأسايدها ، وقد قدمنا التنبيه عليه في جملة من مواضع كتب العبادات .

وأنت خير بأن الرواية المذكورة ظاهرة في وجوب تنفيذ ما يجدونه في وصيته بخطه بخلاف ما ذكره الأصحاب من منع ذلك ، وتخصيص الجواز بحال الضرورة وعدم امكان التلفظ .

وأما ما ذكره الشيخ في النهاية من أن الورثة بالخيار بين العمل بها اذا كانت كذلك ، وبين ردها وإبطالها ، وأنه مع اختيار العمل بشيء منها يلزمهم

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٦ مع اختلاف يسير ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٦

ح ٥٠٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ح ٢ .

العمل بجميعها ، فلم يصل إلينا فيه خبر ، ولا ورد به أثر ، فقول ابن ادريس « وقد روى أنه اذا وجدت وصية » الى آخر كلامه الظاهر أنه من قبيل ما قدمنا ذكره في غير موضع ، من أن الشيخ لما كانت عادته غالباً الافتاء في كتاب النهاية بمتون الأخبار ، توهم ابن ادريس أن هذه الفتوى من الشيخ مستندة الى خبر وصل اليه بذلك ، فنازعه فيه بناء على ذلك ، واحتمال وصول خبر الى الشيخ بذلك مع عدم وصوله لنا وان أمكن ، إلا أنه بعيد ، سيما بعد ما عرفت من النظائر التي قدمنا ذكرها من افتاء الشيخ في الكتاب المذكور ، واعتراض ابن ادريس عليه بأنه خبر واحد ، مع أنه لم يرد في تلك الفتوى خبر بالكلية ، وكيف كان فحيث قد عرفت أن هذه الفتوى من الشيخ لما لم يرد لها مستند من الأخبار فلا تمويل عليها .

دائما يبقى الكلام في خبر الهمداني المذكور ، وما دل عليه من وجوب العمل بالوصية المكتوبة بخطه ، وان لم تخبر ورثته بها بالكلية ، فان ظاهر الأصحاب (رضوان الله عليهم) كما عرفت عدم العمل بهذه الوصية ، والظاهر أنهم لم يقفوا على الخبر المذكور ، وإلا لأجابوا عنه ، ورد الخبر من غير معارض شرعي ولا دليل مرعي غير مسموع ، وظاهر صاحب الفقيه العمل به ، والقول بما دل عليه ، وسند الخبر المذكور في الفقيه صحيح أو حسن ، لأن طريقه الى ابراهيم المذكور حسن ، أو صحيح بابراهيم بن هاشم ، وأما ابراهيم بن محمد الهمداني المذكور فهو وان لم يكن حديثه في الصحيح فلا أقل ان يكون في الحسن ، لما ذكره علماء الرجال فيه ، من أنه كان وكيل الناحية ، وكان حج أربعين سنة ، وعن الكشي توثيقه في ترجمة أحمد بن اسحاق ، وروى توكيله وجلالة قدره في بعض التوقيعات .

وبالجملة فان الخبر المذكور حسن السند ، واضح المتن ، لا تطرق للطعن فيه بوجه من الوجوه ولا معارض له كما عرفت إلا مجرد كلامهم ، فالعمل به متعين ، والله العالم .

ختم به الاتمام :

يشمل على جملة من أخبار نواذر الأحكام .

روى المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن علي بن يقطين (١) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأة ، واشرك في الوصية معها صبياً ؟ فقال : يجوز ذلك ، وتمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير ، فان له أن يردّه الى ما أوصى به الميت » وهو صريح في جواز الوصية إلى المرأة .

وروى في التهذيب والفتاوى والفقيه عن السكوني (٢) « عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : المرأة لا يوصى إليها ، لأن الله تعالى قال : ولا تؤثروا السفهاء أموالكم » وهذا الخبر حملة في التهذيبين على الكراهة أو التقية ، قال : لأنه مذهب كثير من العامة قال : وانما قلنا بذلك لاجماع علماء الطائفة على الفتوى بالخبر الأول ، وأشار به الى خبر علي بن يقطين المذكور ، وقال في الفقيه بعد أن عنون الباب بكراهة الوصية الى المرأة ثم أورد خبر السكوني قال : وفي خبر آخر (٣) « سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل : (٤) ولا تؤثروا السفهاء أموالكم » قال : لا تؤثروها شارب الخمر ولا النساء ، ثم قال : وأي سفيه أسفه من شارب الخمر » ثم قال : في الفقيه وانما يعني كراهة اختيار المرأة للوصية ، فمن أوصى إليها لزمها القيام بالوصية على ما تؤمر به ويوصى إليها ان شاء الله تعالى ، انتهى .

-
- (١) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٤ ح ٧٤٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٥ ح ٥٣٨ .
 (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٥ ح ٩٥٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٥ .
 (٣) الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٦ .
 وهذه الروايات الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢ و ص ٤٤٢ ح ٢٠١ .
 (٤) سورة النساء - الآية ٤ .

أقول : والأقرب الحمل على التقية التي هي أحد القواعد المنصوصة في الجمع بين الأخبار ، دون الكراهة ، وإن كانت هي المعمول عليها بينهم وبلغ في الاشتهار غايته .

وروى ثقة الاسلام عن أبي بصير (١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أعتق أبو جعفر عليه السلام من غلمانه عند موته شرارهم ، وأمسك خيارهم ، فقلت له : أبه تعتق هؤلاء ، وتمسك هؤلاء فقال : انهم قد أصابوا مني ضرباً فيكون هذا بهذا ، ورواه الشيخ والصدوق مثله .

أقول : فيه دلالة على استعجاب عتق من ضربه السيد ، وإن كان هو استحقاق .

وروى المشايخ الثلاثة عن عمر بن يزيد (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : مرض علي بن الحسين عليه السلام ثلاث مرضات ، في كل مرض يوصي بوضيعة ، فإذا أفاق أمضى وصيته » .

أقول : يفهم من هذا الخبر استعجاب امضاء الوضعية بعد البرء من ذلك المرض الذي أوصى فيه .

وعن أحمد بن حمزة (٣) « قال : قلت له : إن في بلدنا ربما أوصى بالمال لآل محمد عليه السلام ، فيأتوني به فأكرهه أن أحمله اليك حتى استأمرك ، فقال : لا تأتني به ولا تعرض له » .

أقول . الظاهر أنه محمول على التقية ، لأن الظاهر أن المسؤول هو الكاظم عليه السلام وكانت التقية في وقته شديدة ، وأحمد بن حمزة في زمانه عليه السلام كان من الوكلاء .

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ٥٥ ح ١٣ و ص ٥٦ ح ١٤ و ص ٥٨ ح ٣ التهذيب ج ٩ ص ٢٤٦ ح ٩٥٦ و ٩٥٥ و ص ٢٣٣ ح ٩١١ ، الفقيه ح ٤ ص ١٧١ ح ٦٠٠ و ص ١٧٢ ح ٦٠١ و ص ١٧٤ ح ٦١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٧٢ ، الباب ٨٤ و الباب ٨٥ و ص ٤٨٠ ح ١ .

وعن حماد بن عثمان (١) في الصحيح أو الحسن « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أوصى رجل بثلاثين ديناراً لولد فاطمة عليه السلام قال: فأتى بها الرجل أبا عبد الله عليه السلام فقال له أبو عبد الله عليه السلام ادفعها الى فلان، شيخ من ولد فاطمة عليه السلام، وكان معيلاً مقلأً، فقال له الرجل: إنما أوصى بها الرجل لولد فاطمة عليه السلام فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إنها لا تقع من ولد فاطمة عليه السلام وهي تقع من هذا الرجل وله عيال » .

أقول: الظاهر أنه لما علم عليه السلام أن هذا الموصى به لا يسع ولد فاطمة عليه السلام جميعاً لكثرتهم، أو لا يمكن اتصاله اليهم لتفرقهم، وإنما يمكن إعطاؤه لبعض منهم خص هذا الشيخ المعيل به، حيث أنها يقع منه وينتفع بها .

وروى في الكافي قال: وكتب إبراهيم بن محمد الهمداني (٢) إليه عليه السلام ميت وروى في التهذيب عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إليه ميت، ورداه الشيخ بسند آخر عن أحمد بن هلال « قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ميت أوصى بأن يجرى على رجل مابقي من ثلثه، ولم يأمر بانفاذ ثلثه هل للموصي أن يوقف ثلث الميت بسبب الاجراء فكتب عليه السلام: ينفذ ثلثه ولا يوقف » .

أقول: الظاهر أن معنى الخبر المذكور أنه أوصى أن ينفق على رجل من ثلثه مابقي ذلك الرجل، فلو مات الرجل قبل نفاد الثلث يرجع الباقي الى ورثة الموصي ولم يأمر بانفاذ الثلث، أي لم يوص اليه بالثلث كمالاً على وجه ينحصر استحقاقه فيه وفي ورثته من بعده، فهل للموصي أن يقطع الاجراء عليه ويجعله موقوفاً؟ حيث انه لم يوص له بالثلث كمالاً ولم يستحقه كمالاً بالوصية، فكتب عليه السلام: ليس له أن يوقفه، بل يجب أن يجرى عليه النفقة من الثلث مادام الرجل موجوداً والثلث باقياً كما هو مقتضى الوصية .

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٦ ح ٣٢، التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٥٩٩ و ص ١٩٧

ح ٧٨٧، الفقيه ج ٤ ص ١٧٧ ح ٥٢٥ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٠ ح ٢ و ص ٣٣٠ الباب ٧ .

وأما ماتوهمه بعض متأخري المتأخرين (١) من مشايخنا (رضوان الله عليهم) من احتمال حمل يوقف على أنه يجعل الثلث وقفاً ويجرى عليه من حاصل الوقف ، فهو بعيد سحيق بل غريب من مثله (قدس سره) .

وروى الشيخ في التهذيب عن صفوان بن يحيى (٢) « عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألت عن الرجل يوقف ثلث الميت بسبب الاجراء ؟ فكتب : ينفذ ثلثه ولا يوقف » .

أقول : اجمال هذا محمول على التفصيل الذي تقدم في سابقه ، وحاصل السؤال أنه هل للوصي اذا أوصى الميت باجراء ثلثه وصرفه في مصرف مخصوص أن يجعله موقوفاً ولا يجزئ في ذلك المجرى ، فمنع عليه من ذلك وأوجب انفاذه فيما أوصى به الموصي .

وروى في الكافي والتهذيب عن الحسين بن ابراهيم بن محمد الهمداني (٣) قال : كتب محمد بن يحيى وروى في الفقيه عن الحسين بن ابراهيم « قال : كتبت مع محمد بن يحيى هل للوصي أن يشتري شيئاً من مال الميت اذا بيع فيمن زاد ويزيد ؟ ويأخذ لنفسه ؟ فقال : يجوز اذا اشترى صحيحاً .

أقول : المشهور بين الأصحاب هو الجواز في هذه الصورة ، ونقل عن الشيخ القول بالمنع استناداً الى أن الواحد لا يكون موجباً وقابلاً في عقد واحد ، لأن الأصل في العقد أن يكون بين اثنين إلا ما أخرجه دليل وهو الأب والجدة ، ورد بأن مرجعه الى منع تولية طرفي العقد وهو ممنوع ، اذ لم يقم عليه دليل مع أصالة الجواز ، ووجود النظر في الأب والجدة كما اعترف به ، ولا دليل على

(١) هو شيخنا محمد تقي والد محمد باقر المجلسي (رحمه الله) .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٦٠٠ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٥٩ ح ١٠ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٣ . الفقيه

ج ٤ ص ١٦٢ ح ٥٦٦ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣١ ح ٢ و ص ٤٧٥ الباب ٨٩ .

اختصاصهما بذلك ، وهذه الرواية كما ترى ظاهرة في الجواز ، وجملة من الأصحاب قد ذكروها . لكن لم يجعلوها دليلاً لضعف رجالها وجهالة المكتوب اليه ، وإنما جعلوها شاهداً ومؤيداً ، وقد تقدم الكلام في المسئلة في غير موضع وبيننا أنه لم يقم دليل على المنع من تولية الواحد طرفي العقد إلا في النكاح كما دلّت عليه موثقة عمار (١) .

وروى المشايخ الثلاثة (تفمدهم الله تعالى برحمته) عن سعد بن اسماعيل عن أبيه (٢) « قال : سألت الرضا عليه السلام عن وصيي أيتام تدرك أيتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه ، كيف يصنع ؟ قال : يردّه عليهم ويكرههم ، وهو دال على وجوب القبض عليهم ، وكذا كل من له مال حال دفعه من غريمه فانه يجب عليه قبضه .

وروى في الكافي عن محمد بن عيسى (٣) في الصحيح عن رواء « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : في رجل مات وأوصى الى رجل وله ابن صغير فأدرك الغلام وذهب الى الوصي فقال : رد علي مالي لأتزوج فأبى عليه فذهب حتى زنى قال : يلزم ثلثي اثم زنا هذا الرجل ذلك الوصي الذي منعه المال ولم يعطه ، فكان يتزوج » .

أقول : لعل التمثيل بالثلثين كناية عن بيان القسط الذي يلزم بسبب المنع ، وأنه المعظم من الاثم والأكثر منه .

وروى في الكافي والتهذيب عن جعفر بن عيسى (٤) « قال : كتبت الى أبي

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٨ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٨ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٤٥ ح ٩٥١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٥ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٩ ح ٩ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٩ ح ٩ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٤ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٤ ص ٢١٧ ح ٤ و ج ١٣ ص ٤٣٦ الباب ٤٧ و ص ٤٣٥ ح ١ و ص ٤٨٠ ح ١ .

الحسن عليه السلام أسأله في رجل أوصى ببعض ثلثه من بعد موته من غلّة ضيعة له الى وصيه ، يضعه في مواضع سماها له معلومة في كل سنة ، والباقي من الثلث يعمل فيه ماشاء ورأي الوصى ، فانفذ الوصى ما أوصى به اليه من المسمى المعلوم ، وقال في الباقي : قد صيرت لفلان كذا ، ولفلان كذا في كل سنة ، وفي الحج كذا ، وفي الصدقة كذا في كل سنة ، ثم بداله في ذلك فقال : قد شئت الأول ورأيت خلاف مشيتي الأولى ورأيي ، أله أن يرجع فيها ويصير ماصيرهم لغيرهم وينقصهم ، أو يدخل معهم غيرهم ، ان أراد ذلك ، فكتب : ذلك له أن يفعل ماشاء إلا أن يكون كتب على نفسه كتاباً .

أقول : لعل المراد من الاستثناء هو أن يكون قد كتب كتاباً على نفسه لمن عين له شيئاً من تلك الوصايا ، بحيث انه يلزم عند القضاء لورفع الأمر اليهم ، وان كان يجوز له الرجوع بالنظر الى الواقع وفيما بينه وبين الله تعالى .

ويحتمل على بعد أن يكون قد ملكهم ذلك بوجه شرعي على وجه لا يجوز له الرجوع ، وكتب لهم كتاباً بذلك ، أو يكون كتابة الكتاب كناية عن التملك .

وروى في التهذيب عن علي بن سالم (١) « قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام فقلت : ان أبسى أوصى بثلاث وصايا فأيتهن آخذ ؟ فقال : خذ بأخرهن ، قال : قلت : فاتها أقل ، قال : فقال : وان قل . »

أقول الظاهر ان هذه الوصايا الثلاث على البدل ، والرجوع عن المتقدم منها الى المتأخر ، فلذا أمره بالأخذ بالوصية الأخيرة ، لأنها ناسخة لما تقدمها ، وقد استفاضت الأخبار ، بأن له العدول ما دام حياً بالتقديم والتأخير ، والزيادة والنقصان ، ونحو ذلك .

ومنها مارواه في الفقيه عن محمد بن عيسى بن عبيد (٢) « قال : كتبت الى

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ ح ٩٤٢ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٨ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٧ ح ٦٧٧ .

علي بن محمد عليه السلام رجل أوصى لك بشيء معلوم من ماله وأوصى لأقربائه من قبيل أبيه وأمه ، ثم أنه غيّر الوصية ، فحرم من أعطى ، وأعطى من حرم ، أيجوز ذلك ؟ فكتب عليه السلام : هو بالخيار في جميع ذلك الى أن يأتيه الموت .

وروى في الكافي عن سعيد بن يسار (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا وقال : انما ادفعه اليك ليكون ذخرأ لابنتي فلانة وفلانة ، ثم بدا للشيخ بعد ما دفع المال أن يأخذ منه خمسة وعشرين ومائة دينار فاشترى بها جارية لابن ابنه ، ثم ان الشيخ هلك فوقع بين الجاريتين وبين الغلام أو احدهما فقالتا له : ويحك والله انك لتنكح جاريتك حراماً ، انما اشتراها أبونا لك من مالنا الذي دفعه الى فلان فاشترى لك منه هذه الجارية ، فأنت تنكحها حراماً لاتحل لك ، فأمسك الفتى عن الجارية فماتت في ذلك ؟ قال : أليس الرجل الذي دفع المال أبا الجاريتين ، وهو جد الغلام وهو اشترى له الجارية ؟ قلت بلى فقال : قل له فليأت جاريتيه اذا كان الجد هو الذي أعطاه وهو الذي أخذه ، أقول : الوجه في هذا الخبر ما تقدم في سابقه .

وروى في الكافي عن عمار بن مروان (٢) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ان أبي حضره الموت فقيل له : أوص فقال : هذا ابني يعني عمر فما صنع فهو جائز ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : فقد أوصى أبوك وأدجز قلت : فانه أمر لك بكذا وكذا فقال أجزه ، قلت ؟ وأوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلما اعتقناه بان لنا أنه لغير رشدة ، فقال : قد أجزأت عنه ، انما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سميئة فوجدها مهزولة فقد أجزأت عنه . »

أقول : فيه اشارة الى كفر ابن الزنا كما هو أحد القولين ، وقد تقدم تحقيق القول فيه في كتاب الطهارة ، وفيه دلالة على حصول الوصية بالحوالة الى اختيار الوصي

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٦ ح ٣١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٨ ح ٩٢٦ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٢ ح ١٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩٢٠ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٦ ح ٥ و ص ٤٨١ ح ٢ .

وروى الشيخ في التهذيب عن عنبة العابد (١) « قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : أوصني فقال : أعد جهازك وقدم زادك وكن وصي نفسك ولا تقبل لغيرك يبعث اليك بما يصلحك » .

وروى المشايخ الثلاثة عن السكوني (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال : أول شيء يبدأ به من المال الكفن ، ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث » .

ورواه في التهذيب بسند آخر عن اسماعيل بن أبي زياد (٣) « عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : أول ما يبدأ به من المال الكفن » الحديث .

وروى المشايخ الثلاثة عن محمد بن قيس (٤) في الصحيح « عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين : إن الدين قبل الوصية ثم الوصية على أثر الدين ثم الميراث بعد الوصية ، فإن أول القضاء كتاب الله » .

أقول : لا خلاف بين الأصحاب في تقديم الكفن على مابعد كما دلت عليه جملة من الأخبار ، وإنما الاشكال في شموله للواجب والمستحب ، أو التخصيص بالأول ، ولم أقف لأحد من الأصحاب على كلام في ذلك ، والظاهر التخصيص بالواجب أخذاً بالمتيقن فيما خالف الأصل ، وأما تقديم الدين على الوصية فهو ظاهر لتعلق الدين بذمة الميت ، ولهذا وجب خروجه من الأصل بخلاف الوصية وأما تقديم الجميع على الميراث فلما تكاثرت في الآيات من قوله عز وجل (٥)

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٥ ح ٢٩ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٣ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧١ ح ٦٩٨ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٤٣ ح ٤٨٨ .

(٣) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨ ح ٣٩٨ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٥ ح ٦٧٥ ، الفقيه

ج ٤ ص ١٤٣ ح ٤٨٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٣ الباب ٩٨ و ص ٤٠٦ ح ١

و ص ٩٨ ح ٢ و ص ٤٠٦ ح ٢ .

(٥) سورة النساء - الآية ١٢ .

« من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

وروى في الكافي والتهذيب عن سعد بن اسماعيل (١) عن أبيه « قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل حضره الموت فأوصى الى ابنه وأخوين شهد الابن وصيته ، وغاب الأخوان ، فلما كان بعد أيام أيا أن يقبلا الوصية مخافة أن يتوئب عليهما ابنه ولم يقدر أن يعمل بما ينبغي ، فضمن لهما ابن عم لهما وهو مطاع فيهم أن يكفهما ابنه ، وقد خلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه وقد اشترط عليه ابنه ، وقال : نحن نبرء من الوصية ونحن في حل من ترك جميع الأشياء والخروج منه ، أستمع أن يغلبا عما في أيديهما ويخرجا منه ؟ قال : هو لازم لك ، فافرق على أي الوجه كان ، فانك مأجور لعل ذلك يحل بابنه » .

قال المحدث الكاشاني في الوافي : لما استفرس عليه السلام أن السائل هو أحد الأخوين خاطبه باللزوم والرفق ، ولعل المراد بالمشار اليه بذلك الموت لما ثبت ان مثل هذه المناقشات المالية مما تعجل الأجل ، أو المراد به ان رفق يعني لعله بسبب رفقك به يصير رفيقاً منقاداً ، انتهى وهو جيد ، وفيه اشارة الى ما تقدم مما اخترناه في المسئلة الرابعة من المقصد السادس في الوصاية من وجوب القيام بالوصية على من جعل وصيه في حال غيبته ، ومات الموصي وان لم يقبل بعد بلوغ الخبر له ، وعلى ذلك دلت جملة من الأخبار المتقدمة ثمة ، ولهذا أنه عليه السلام ألزم السائل لما عرف أنه أحد الوصيين بالقيام بالوصية حسب الامكان ، وأمر بالرفق مع الابن ولم يرخص له في الخروج والترك بالكلفة ، وفيه رد على من خالف في المسئلة ممن قدمنا ذكره ثمة .

وروى في التهذيب عن صفوان (٢) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك ، وله وصيان ، فهل يجوز أن يدفع الى أحد الوصيين

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٠ ح ١٤ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٤ ح ٩١٦ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ ح ٩٤١ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٩ ح ٦٠ ص ٤٤٠ ح ٢ .

دون صاحبه ؟ قال : لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم المال فوضع على يد هذا النصف ، وعلى يد هذا النصف ، أو يجتمعان بأمر السلطان .

أقول : لا يخفى ما في هذا الخبر من الغموض ، قال في الوافي لعل المراد « إلا أن يكون السلطان أمر بوضع هذا المال عند أحد الوصيين بمقاسمته بينهما أو يجتمع أحد الوصيين مع المدين بأمره » ، انتهى .

ولا يخفى ما فيه من الضعف ، وظاهر كلامه أن المراد بالمال الذي قسمه السلطان هو مال المدين ، والمتبادر من الخبر إنما هو مال التركة ، وعلى كل منهما فإنه لا يحصل الدفع إلى أحد الوصيين كما يقتضيه الاستثناء ، وبالجمله فإنه لا يظهر لي منه معنى ، يمكن الاعتماد عليه .

والشيخ في الاستبصار حمله على السلطان العادل دون الجائر ، إلا للتقية ، وهو أمر خارج عن محل الاشكال ، فإنه نظر أن مقتضى حكم المسئلة كما تقدم هو عدم جواز انفراد الوصيين متى شرط الاجتماع أو أطلق ، فتجوز المقاسمة والانفراد هنا إنما رخصة ، ان حمل السلطان على السلطان العادل ، وان حمل على الجائر وجب الحمل على التقية ، لما عرفت من أن الحكم عدم جواز الانفراد والمقاسمة ، وهذا أمر آخر غير ما ذكرنا أولاً .

وروى المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم عن البرنطى (١) باسناد له « أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالاً وعليه دين ، أينفق عليهم من ماله ؟ قال : ان استيقن ان الذي عليه ، يحيط بجميع التركة فلاينفق عليهم ، وان لم يستيقن فلاينفق عليهم من وسط المال » .

ورواه في الكافي و التهذيب بسند آخر عن عبدالرحمن بن الحجاج (٢) عن أبي الحسن عليه السلام مثله ، إلا أنه قال « ان كان يستيقن أن الذي ترك يحيط

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٣ ح ١ و ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٦٧٢

و ص ١٦٥ ح ٦٧٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧١ ح ٩٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٧ ح ١

و ص ٤٠٨ ح ٢ .

بجميع دينه فلا ينطق عليهم ، وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المسال ، قال في الكافي : وكأنه سهو من بعض الرواة .

وروي في الكافي والتهذيب عن علي بن أبي حمزة (١) « عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت له : ان رجلاً من مواليك مات وترك ولداً صغيراً وترك شيئاً وعليه دين وليس يعلم به الغرماء ، فان قضاء بقسي ولده ليس لهم شيء ، فقال أنفقه على ولده . »

والشيخ في التهذيبين طعن فيه بقطع الاسناد حيث ان المروي عن علي بن أبي حمزة بعض أصحابنا ، وطعن فيه بمخالفة القرآن ، واحتمل بعض مشايخنا المحدثين حمله على أنه عليه السلام كان عالماً بأنه لاحق لأرباب الديون في تلك الواقعة أو أنهم كانوا نواصب ، فأذن في التصرف في أموالهم ، أو على أنهم كانوا بمعرض الضياع والتلف ، فيلزم الانفاق عليهم من أي مال تيسر .

أقول : وكيف كان فان الخبر على ظاهره غير معمول عليه ، لما تقدم من أن الدين متقدم على الارث ، فلا بد في تصحيح ما دل عليه من التأويل بأحد الوجوه المذكورة ونحوها ، كأن يكون الأخذ قرضاً من حيث الضرورة أو ضمان الوصي ذلك ، أو نحو ذلك .

وروي المشايخ الثلاثة في الصحيح او الحسن عن معاوية بن عمار (٢) « قال : أوصت اليّ امرأة من أهلي بثلك مالها ، وأمرت أن يعقق ويحج ويتصدق فلم يبلغ ذلك ، فسألت أبا حنيفة عنها فقال : يجعل أثلاثاً ، ثلثاً في العتق ، وثلثاً في الحج ، وثلثاً في الصدقة ، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له ان امرأة من أهلي ماتت وأوصت اليّ بثلك مالها ، وأمرت أن يعقق عنها ويتصدق ويحج عنها . فنظرت فيه فلم يبلغ ، فقال : ابدأ بالحج فانه فريضة من فرائض الله

(١) والكافي ج ٧ ص ٤٣ ح ٣ و ص ١٩ ح ١٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٥ ح ٦٧٤ و ص ٢٢١ ح ٨٦٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٨ ح ٣ و ص ٤٥٥ ح ١٠ .

ج ٢٦ في حكم عدم كفاية الثلث في الوصية بالعتق والحج والتصدو ٦٤٩

تعالى . وتجعل ما بقى طائفة في العتق وطائفة في الصدقة ، فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبد الله عليه السلام ، فرجع عن قوله وقال : بقول أبي عبد الله عليه السلام وبهذا المضمون أخبار آخر . أقول : حكمه عليه بتقديم الحج لكونه فريضة ، إما لعلمه عليه بكونها لم تحج حجة الاسلام ، أو لفهم ذلك بقرينة المقام ، وإلا فالسؤال بحسب الظاهر مجمل ، وظاهره أنه لو كان الحج مستحباً كان الحكم في ذلك ما ذكره أبو حنيفة من القسمة أثلاثاً .

بقي في الحديث اشكال من وجه آخر ، وهو أن السائل أخبر بأن الثلث الموصى به لا يقوم بالحج والصدقة والعتق ، بل متى صرف في واحد أو اثنين لزم الاختلال بالباقي فكيف عليه السلام يأمره بالبداة بالحج ، ثم بعد ذلك يجعل ما بقى طائفة في العتق وطائفة في الصدقة ، فانه ظاهر في أن الثلث يقوم بالجميع ، اللهم إلا أن يراد انه ان بقي شيء يقوم بهذين الآخرين صرف فيهما ، أو بواحد منهما صرف فيه ، وإلا فلا .

وبالجملة فان النقص انما يدخل فيما عدا الحج خاصة ، ويحتمل أن يكون المراد أن ما بقي يصرف فيهما فيشتري نسمة للعتق بما يناسب الباقي من القلة والصدقة يكفي فيها المسمى .

وروى الشيخ في التهذيب عن محمد بن الحسن (١) أنه « قال لأبي جعفر عليه السلام : جعلت فداك قد اضطرر الى مسئلتك فقال : هات فقلت : ان سعد بن سعد أوصى حجوا عنى مبهماً ولم يسم شيئاً ولا ندرى كيف ذلك ؟ فقال يحج عنه مادام له مال » .

أقول : المراد بالمال الثلث ، فانه هو الذي له بعد موته .

ويفسره مارواه في التهذيب عن محمد بن الحسن بن أبي خالد (٢) « قال :

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٦ ح ٨٨٨ مع اختلاف يسير و ح ٨٨٩ ،
الوسائل ج ٨ ص ١٢٠ ح ١ و ٢ .

سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أوصى أن يحج عنه مبهماً فقال : يحج عنه ما بقي من ثلثه شيء .

وروى المشايخ الثلاثة في الصحيح عن ابراهيم بن مهزيار (١) قال : كتبت اليه عليه السلام أن مولاك علي بن مهزيار أوصى أن يحج عنه من ضيعة صير ربعها الى حجة في كل سنة الى عشرين ديناراً ، وأنه قد انقطع طريق البصرة فتضاعف المؤنة على الناس وليس يكتفون بالعشرين ديناراً ، وكذا أوصى عدة من مواليك في حجهم فكتب : يجعل ثلاث حجج حجتي ان شاء الله ، قال ابراهيم : وكتب اليه علي بن محمد الحضيني : أن ابن عمي أوصى ان يحج عنه حجة بخمسة عشر ديناراً في كل سنة فليس يكفى فما تأمرني في ذلك ؟ فكتب عليه السلام : يجعل حجتي حجة فان الله عالم بذلك .

أقول : يعنى ان الله عالم بالعد والمذكور ، فان الاخلاص بما أوصى ليس على سبيل الاختيار ، وهو مؤيد لما اشتهر من حديث « اذا أمرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » وينبغي أن يحمل هذا الخبر وما تضمنه من السؤالين المذكورين على كون الوصية بالحج من البلد كما ينبيء ظاهر السؤال الأول ، وإلا فلو كانت مطلقة فان الظاهر ان حج عنه من أي مكان اتفق ، ولو من الميقات .

كما يدل عليه ما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن ابن بكير (٢) « عن ابي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى بمال في الحج فكان لا يبلغ ما يحج به من بلاده قال : فيعطى في الموضع الذي يبلغ أن يحج به منه » .

وعن ابن مسكان عن ابي سعيد (٣) « عن سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بعشرين درهماً في حجة قال : يحج بها عنه رجل من حيث يبلغه » ونحوهما غيرهما من الأخبار .

(١) الكافي ج ٤ ص ٣١٠ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٦ ح ٨٩٠ ، الفقيه

ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٢ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٧ ح ٨٩٢ و ص ٢٢٩ ح ٨٩٧ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ٨ ص ١١٩ ح ١ و ص ١١٧ ح ٢ و ص ١١٨ ح ٥ .

وروى في الكافي عن علي بن فرقد (١) صاحب السابري « قال : أوصى الى رجل بتر كته وأمرني أن أحج بها عنه فنظرت في ذلك فاذا شيء يسير لا يكفي للحج ، فسألت أبا حنيفة و فقهاء أهل الكوفة فقالوا : تصدق بها عنه ، فلما حججت لقيت عبدالله بن الحسن في الطواف ، فسألته وقلت له : ان رجلاً من مواليكم من أهل الكوفة مات وأوصى بتر كته الي ، وأمرني أن أحج بها عنه ، فنظرت في ذلك فلم يكف للحج فسألت من قبلنا من الفقهاء فقالوا : تصدق بها ، قتصدقت بها ، فما تقول ؟ فقال لي : هذا جعفر بن محمد في الحجر فأتته واسأله ، قال : فدخلت في الحجر فاذا أبو عبدالله عليه السلام تحت الميزاب ، مقبل بوجهه على البيت يدعو ، ثم التفت الي فرآني فقال : ما حاجتك ؟ قلت : جعلت فداك اني رجل من أهل الكوفة من مواليكم قال : فدع ذا عنك ، حاجتك ؟ قلت : رجل مات وأوصى بتر كته ان أحج بها عنه ، فنظرت في ذلك فلم يكف للحج ، فسألت من عندنا من الفقهاء قالوا : تصدق بها ، فقال : ما صنعت ؟ قلت : تصدقت بها فقال : ضمنت إلا أن يكون لا يبلغ أن يحج به من مكة ، فان كان لا يبلغ ان يحج به من مكة فليس عليك ضمان ، وان كان يبلغ به من مكة فأنت ضامن .

أقول : يستفاد من هذا الخبر فوائد : منها ضمان الوصي مع التبديل والعمل بخلاف الوصية اذا كانت الوصية على وجه المشروع ، وهو مما لا اشكال فيه ، ومنها أنه مع تعذر العمل بالوصية وصرفها فيما أوصى به الموصي ، يصرف الموصي به في وجوه البر كما هو المشهور ، ولا تبطل الوصية كما هو القول الآخر .

وقد تقدم الكلام في ذلك في التتميم الذي ذكر في الوصايا المبهمة من المقصد الثالث في الموصي به في تقدم نقل مضمون هذه الرواية دليلاً على ذلك ، ومنها ما تقدمت الاشارة اليه قريباً ، من أنه متى أوصى بوجه للحج ، ولم يقيد

(١) الكافي ج ٧ ص ٢١ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٨٩٦ وفيه على بن يزيد الفقيه ج ٤ ص ١٥٤ ح ٥٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٣ الباب ٨٧ .

بالبلد ولا غيرها ، فانه يجب الحج بما أوصى به من أقرب الأماكن التى يمكن الحج ولو من مكة ، كما تضمنه الخبر فانها أحد المواقيت في الجملة .

بقي الكلام هنا في شيء آخر ، وهو أن السائل قال : انه أمرني أن أحج بها ، والظاهر أن لفظ أحج من الرباعي من أحج غيره ، اذا أعطاه ما يحج به ، لا من الثلاثي المجرد بأن يكون الموصى هو الذي يحج بنفسه ، وأن الميتم أوصى اليه بذلك ، وصدر الخبر وان كان محتملاً لكل من الأمرين ، إلا أن حكمه في الجواب لما سأل السائل عن ذلك ، بأنه ان بلغ المال لأن يحج به من مكة فأنت ضامن ، انما يتجه على تقدير كونه مأموراً بأن يستأجر من يحج عنه ، بناء على كون أحج من الرباعي ، وإلا فلو كان الوصى هو المأمور بالحج بنفسه بناء على كون اللفظ من الثلاثي المجرد ، والرجل من أهل الكوفة ، فكيف يوجب عليه الامام عليه السلام أن يتحمل مؤنة النفقة الى مكة من ماله حتى اذا وصل مكة حج عنه بذلك الوجه الموصى به ، وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لاسترة عليه .

وروى الشيخ في التهذيب عن أبي حمزة الثمالي (١) « قال : قال : ان رجلاً حضرته الوفاة فأوصى الى ولده : غلامي يسار هو ابني فورثوه مثل ميراث أحدكم ، وغلامي يسار فاعتقوه ، فهو حر ، فذهبوا يسألونه أيما يعتق وأيما يرث ، فاعتقل لسانه ، قال : فسألوا الناس فلم يكن عند أحد جواب ، حتى أتوا أبا عبد الله عليه السلام فعرضوا المسئلة عليه قال : فقال : معكم أحد من نسائكم ؟ قال : فقالوا : نعم معنا أربع أخوات لنا ، ونحن أربع اخوة ، قال : فاسألوهن أي الغلامين كان يدخل عليهن فيقول أبوهن لا تسترن منه ، فانما هو أخوكن ، قالوا : نعم كان الصغير يدخل فيقول أبونا : لا تسترن منه انما هو أخوكن ، فكنا نظن أنه يقول ذلك لأنه ولد في حجبورنا ، وانما ربيناه ، قال : فيكم أهل البيت علامة ؟ قالوا : نعم ، قال : انظروا أثرونها بالصغير ؟ قالوا : فرأوها به ، قال : تريدون أعلمكم أمر الصغير ؟

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٧١ ح ٧٠٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٣ .

ج ٢٢ في اشهاد النبي «ص» في وصيته الى علي «ع» أربعة من عظماء الملائكة ٦٥٣

قال : فجعل عشرة أسهم للولد ، وعشرة أسهم للعبد ، قال : ثم أسهم عشر مرات ، قال : فوقعت على الصغير سهام الولد ، قال : فقال : اعتقوا هذا ، وورثوا هذا .
أقول : الظاهر أن الحكم الشرعي في المسئلة المذكورة هو القرعة ، كما تضمنه آخر الخبر ، وما ذكره أولاً من الأمرين المذكورين مؤيدين لمزيد الايضاح ، ولو حصلت العدالة في النساء الأربع المذكورين لكان الظاهر العمل بما أخبرن به من اعتراف الأب به ، ولم يحتج الى القرعة ، إلا أن يكون لمزيد الايضاح .

وروى في الفقيه عن يونس بن عبد الرحمن عن داود بن نعمان عن الفضيل (١)
مولي أبي عبد الله عليه السلام « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أشهد رسول الله (صلى الله عليه وآله) على وصيته الى علي عليه السلام أربعة من عظماء الملائكة جبرئيل وميكائيل واسرافيل وآخر لم أحفظ اسمه »

أقول : الظاهر أن المراد بالوصية هنا أو عنه أمير المؤمنين عليه السلام في بيت أم سلمة حين خلا به من الصبح الى قرب الظهر من الأمور التي يحدث عليه ، ويتجدد بعد موته ، وأمره باحتمالها والصبر عليها ، ونحو ذلك كما يدل عليه خبر أم سلمة وهو طويل ليس هذا موضع ذكره .

وروى الشيخ في التهذيب عن علي بن الحسن بن فضال عن محمد بن عبدوس (٢)
« قال : أوصى رجل بتر كتبه متاع وغير ذلك لأبي محمد عليه السلام فكتبت اليه : جعلت فداك رجل أوصى الي بجميع ما خلف لك ، وخلف ابنتي أخت له ، فأريك في ذلك ؟ فكتب الي : بع ما خلف ، وابعت به الي ، فبعث به اليه ، فكتب الي : قد وصل ، «
« قال علي بن الحسن : ومات محمد بن عبد الله بن زرارة فأوصى الي أخى أحمد وخلف داراً وكان أوصى في جميع تر كتبه أن تباع ويحمل ثمنها الي أبي الحسن عليه السلام »

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٥ ح ٦١٦ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٥ ح ٧٨٥ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٣ و ص ٣٦٩ ح ١٦ و ١٧ و ١٨ .

فباعها فاعترض فيها ابن أخت له ، وابن عم له ، فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير ، وكتب إليه أحمد بن الحسن ودفع الشيء بحضرتي إلى أيوب بن نوح ، وأخبره أنه جميع ما خلف ، وابن عم له وابن اخته عرض . فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير فكتب : قد وصل ذلك وترحم على الميت وقرأت الجواب ، « قال علي : ومات الحسين بن أحمد الحلبي وخلف دراهم مائتين فأوصى لامرأته بشيء من صداقها وغير ذلك وأوصى بالبقية لأبي الحسن عليه السلام فدفعها أحمد بن الحسن إلى أيوب بحضرتي ، وكتب إليه كتاباً ، فورد الجواب بقبضها ودعا للميت » .

أقول : لا يخفى ما في ظاهر الخبر من الاشكال ، والشيخ لذلك قد حمله تارة على تخصيصه بهم عليهم السلام ، وآخر على كون حمل المال اليهم لا على جهة الوصية بل على جعلها صلة لهم في حال حياة الموصي ، وثالثة على أن يكون ذلك قبل أن تكون لهم وارث ثم يوجد الوارث كما تقدم في حديث المططيب ، ورابعة على كون الوارث مخالفاً ، ثم جوز في الوجه الأخير فقد الوارث ، ولا يخفى ما في الجميع عن البعد سوى الأخير فانه أقرب قريب ، وأما بالنسبة إلى وصية محمد بن عبدالله بن زرارة المشتعلة على اعتراض ابن الاخت وابن العم ، فالاحتمالان فيهما متساويان ، ولعل الأقرب الأول منهما ، وهو كونهما مخالفين .

وأما بالنسبة إلى وصية الحسين بن أحمد الحلبي فظاهره أنه ليس له وارث إلا الزوجة ، ومن المحتمل أنه أوصى لها بصداقها وميراثها المعبر عنه بغير ذلك ، فلا اشكال بحمد الملك المتعال .

ولنقطع الكلام حامدين للملك العلام على نعمه الجسام التي لا تحصىها الأقلام التي من جعلتها التوفيق للفوز بسعادة الاختتام لهذا الجلد الشريف والمؤلف المنيف وهو الجلد الثامن (١) من كتاب

(١) بحسب تجزأة المؤلف ، والجلد الثاني والعشرون بحسب تجزئتنا ، وبتلوه ان شاء الله تعالى الجلد الثالث والعشرون في كتاب النكاح ، وما يلحق به . . .

« الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة »
ويتلوه ان شاء الله تعالى الجلد التاسع في كتاب النكاح وما يلحق به
من الكتب المتعلقة به ، مصّلين بعد الحمد له سبحانه
على بيتنا أشرف الأنبياء والمرسلين
وآله الطيبين الطاهرين



فهرس الجزء الثاني والعشرين من كتاب الحدائق الناضرة

الصفحة	الصفحة
٣٥	٣ كتاب الوكالة
تعلق به الوكالة	٥ كفاية كل ما يدل على الرضا بالاستنابة
٣٧	٧ الروايات الواردة في الوكالة
قابلاً للنيابة	١١ بيان عدم الدليل على اشتراط التنجيز
٣٩	غير الاجماع المدعى
بيان المواضع التي وقع الخلاف في	١٣ افتقار التوكيل في شراء عبد الى
جواز التوكيل فيها	وصفه وعدمه
٤١	١٥ عزل الوكيل نفسه
جواز توكيل أهل الزكاة والخمس	١٧ عدم بطلان الوكالة بعزل الوكيل نفسه
في قبضتهما وعدمه	١٩ دلالة الروايات على اعتبار الاعلام في
٤٣	العزل ولو باخبار ثقة
اعتبار العلم بما فيه التوكيل وحد	٢١ عدم وصول رواية تدل على الانعزال
تصرف الانسان في ماله	بمجرد العزل
٤٥	٢٣ بطلان الوكالة بموت أحد من الوكيل
عدم جواز الاسراف في المال	أو الموكل أو جنونه ونحوه
٤٧	٢٥ فعل الموكل ما تعلق به الوكالة
اشتراط التكليف في الموكل	٢٧ ما يقتضيه اطلاق الوكالة
وعدم الحجر عليه	٢٩ اقتضاء اطلاق الوكالة بالبيع ببيع
٤٩	الوكيل على ولده الكبير أو زوجته
جواز توكيل المحجور عليه فيما	٣١ اقتضاء اطلاق الوكالة تسليم المبيع
لا يتعلق به الحجر	٣٣ عدم جواز رد الوكيل المبيع بالعيب
٥١	
بيان ما يجوز للوكيل التوكيل فيه	
وما لا يجوز	
٥٣	
بيان أقسام اذن الموكل للوكيل	
في التوكيل	
٥٥	
عدم اعتبار الأمانة في وكيل الوكيل	

الصفحة	الصفحة
٨٧ وجوب تسليم الوكيل ما في يده الى الموكل مع المطالبة وعدم العذر	٥٧ القول بكراهة تولي ذوي المروات المنازعة
٧٩ الجواب عن العمل بالقاعدة الاصلية المشهورة	٥٩ اشتراط ما يشترط في الموكل في الوكيل أيضاً
٩١ الجواب عما أفاده المحقق الأردبيلي	٦١ بطلان وكالة الذمي على المسلم
٩٣ سماع دعوى تلف المال قبل الامتناع وعدمه	٦٣ عدم اشتراط العدالة في الوكيل
٩٥ حكم دفع الموكل عيناً الى وكيله وأمره بالايدياع عند زيد	٦٥ عدم جواز مخالفة الوكيل لما عينه الموكل
٩٧ بيان مواضع لزوم الضمان وعدمه	٦٧ حكم صور بطلان الشراء للموكل من جهة مخالفة الوكيل لما عينه
٩٩ جواز بيع الوكيل من نفسه في صورة الاذن	٦٩ وكالة اثنين على جهة الاجتماع
١٠١ عدم جواز بيع الوكيل من نفسه في صورة الاطلاق والتهمة	٧١ عدم بطلان وكالة الزوجة أو العبد على الطلاق أو الاعناق
١٠٣ اختلاف الوكيل والموكل في التلف أو الرد	٧٣ صور التوكيل في قبض حق من شخص مات قبل القبض
١٠٥ دعوى الوكيل التصرف فيما وكتل فيه	٧٥ ما ثبت به الوكالة
١٠٧ قبول قول الوصي في الانفاق	٧٧ عدم ثبوت الوكالة بالاستفاضة
١٠٩ انكار الموكل التوكيل في تزويج امرأة له	٧٩ اشتراط قبول الشهادة باتفاق الشاهدين على الفعل الواحد
١١١ لزوم نصف المهر على الوكيل في صورة انكار الموكل	٨١ صور ادعاء الوكالة عن غائب في قبض ماله
	٨٣ كون الوكيل أميناً
	٨٥ كون الوكيل أميناً يقبل قوله في التلف ونحوه

الصفحة	الصفحة
١٤٧ اقتضاء الاحتياط كون القبض بإذن الواقف	١٣١ حكم صور انكار المالك الاذن في البيع بثمن معين
١٤٩ أن المراد بالقبض قبض البطن الأول	١١٥١ القول بثبوت الخيار للبائع اذا اشترى الوكيل لموكله
١٥١ عدم جواز الرجوع في الوقف بعد القبض	١١٧ قبول شهادة الوكيل لموكله
١٥٣ اعتبار قصد التقرب في الوقف	١١٩ اختلافهما في قبض الثمن قبل تسليم المبيع أو بعده
١٥٥ بطلان الوقف المنقطع الأول	١٢١ الفرق بين ظهور العيب وبين كونه مستحقاً
١٥٧ ما دل على بطلان الوقف المنقطع الأول من الرايات	١٢٣ كتاب الوقوف والصدقات
١٥٩ ما يترتب عليه على تقدير القول بالصحة	١٢٥ اعتبار اللفظ الصريح في الوقف
١٦١ بطلان الوقف باشتراط قضاء ديونه أو أداء مؤنته	١٢٧ تعريف الوقف
١٦٣ حكم أخذ الواقف من الوقف	١٢٩ تسمية الوقف بالصدقة في الصدر الأول
١٦٥ شرط الواقف عند الوقف عوده اليه عند الحاجة	١٣١ عدم اشتراط القبول في الوقف
١٦٧ بطلان الوقف باشتراط الرجوع فيه	١٣٣ عدم الدليل على اشتراط القبول
١٦٩ اشتراط ادخال من يريد الواقف مع الموقوف عليهم	١٣٥ اشتراط الدوام في الوقف
١٧١ اشتراط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد	١٣٧ نقل الأقوال الثلاثة في الوقف على من ينقرض غالباً
١٧٣ ادخال من سيوجد من الولد مع أولاده الموقوف عليهم	١٣٩ عدم تحقق الوقف اذا لم يذكر المصرف
	١٤١ صحة الوقف المنقطع الآخر
	١٤٣ اعتبار القبض في صحة الوقف
	١٤٥ ما دل على اعتبار القبض في صحة الوقف

الصفحة	الصفحة
٢١١ بيان معنى الجيران	١٧٥ أن مقتضى القاعدة عدم جواز ادخال
٢١٣ عدم الفرق في صدق الجار بين كون	غير الموقوف عليهم معهم
داره ملكاً أو غيره	١٧٧ بيان شرايط الموقوف
٢١٥ الوقف على قومه وعشيرته	١٨١ بيان شرايط الواقف
٢١٧ شمول الوقف على ولده لأولاد البنات	١٨٣ جواز جعل الواقف النظر في الوقف
٢١٩ الوقف على مصلحة فاتفق بطلان	لنفسه ولغيره
رسمها	١٨٥ عدم وجوب قبول الغير النظر في الوقف
٢٢٣ اقتضاء عدم التفضيل بين الأولاد	١٨٧ عدم جواز التصرف في الأوقاف العامة
التساوي	إلا بإذن الحاكم
٢٢٥ اقتضاء الأدلة خروج الوقف عن	١٨٩ بيان شرايط الموقوف عليه
ملك الواقف	١٩١ اختلاف الأصحاب في الوقف على الكافر
٢٢٧ عدم اعتبار القبض اذا لم يكن	١٩٣ سكوت النصوص عن حكم الوقف
الموقوف عليه معيّنًا	على الكافر
٢٢٩ وقف أحد الشريكين حصته من	١٩٥ حكم الوقف على البيع والكنائس
العبد واعتاق الآخر	١٩٧ شمول وصف الموقوف عليه أو نسبته
٢٣١ بيان من يجب عليه نفقة العبد	لكل من تناوله الاطلاق
الموقوف	١٩٩ شمول الوقف على المسلمين لكل
٢٣٣ جنابة العبد الموقوف على غيره عمداً	من أقر بالشهادتين
٢٣٥ الجنابة على العبد الموقوف	٢٠١ الوقف على المؤمنين
٢٣٧ بيان فوائد يحسن التنبيه عليها في	٢٠٣ تحقيق معنى الايمان
العبد الموقوف	٢٠٥ إيراد النصوص الواردة في بيان معنى
٢٣٩ انصراف الوقف على سبيل الله الى	الايمان
ما يكون وصلة الى الثواب	٢٠٧ تبادل امامية من لفظ الشيعة
٢٤١ الوقف على مواليه	٢٠٩ الوقف على الزيدية والجيران

الصفحة	الصفحة
٢٧٣ استفاضة الأخبار بالحث على التصديق	٢٤٣ الوقف على من انتسب اليه
٢٧٥ أفضلية الصدقة سرّاً	٢٤٧ انتساب أولاد بذات الانسان اليه وعدمه
٢٧٥ الحبس والسكنى والرقبى والعمرى	٢٤٩ شمول الوقف على أولاده لأولاده مع
٢٧٧ نقل الروايات الواردة في المقام	الواسطة وعدمها
٢٨١ اللزوم بالقبض وعدمه	٢٥١ الوقف على الفقراء على تقدير
٢٨٣ انتقال الحق الى الورثة مدة حياة	انقراض الأولاد
المالك لوقرن السكنى بعمره	٢٥٣ وجوب اتباع الشروط المذكورة في
٢٨٥ حكم الاقتران بعمر الأجنبي	الوقف
٢٨٧ حكم اطلاق السكنى والعمرى	٢٥٥ جواز بيع الوقف على تقدير وقوع
والرقبى	الخلف بين الموقوف عليهم
٢٨٩ عدم بطلان السكنى والعمرى	٢٥٧ بطلان اجارة الوقف بموت البطن
والرقبى بالبيع	الأول
٢٩١ الفروع المترتبة على عدم البطلان	٢٥٩ بيان جملة من أحكام الأمة الموقوفة
٢٩٣ ان مقتضى اطلاق السكنى اسكانه	٢٦١ الصدقة
بنفسه وأهله وولده	اعتبار القرية في الصدقة
٢٩٥ حبس الفرس أو البعير في سبيل الله	٢٦٣ أن اطلاق الصدقة على المعنى المشهور
٢٩٦ الهبة	لم يكن في زمن النبي «ص»
٢٩٧ شرايط الهبة	٢٦٥ دلالة الأخبار على اشتراط القرية
٢٩٩ ظهور الأخبار في افادة الاهداء	والقبض في الصدقة
المملك الحقيقي	٢٦٧ عدم جواز الرجوع فيما تصدق به
٣٠١ نقل الأخبار الواردة في الباب	الانسان لوجه الله
٣٠٧ هبة غير من عليه الحق وهبة من	٢٦٩ دلالة الأخبار الواردة في المقام
عليه الحق	٢٧١ جواز الصدقة على الذمى

الصفحة	الصفحة
٣٤٣ اعتبار قيام الموهوب بعينه في جواز الرجوع	٣٠٩ اشتراط القبض في الهبة في الجملة
٣٤٥ صحة البيع مع الجهل بفساد الهبة	٣١١ ما يترتب على كون القبض شرطاً في الصحة أو اللزوم
٣٤٧ ان موافقة الواقع وإن لم يكن مقصوداً كاف في الصحة	٣١٣ جواز الرجوع في الهبة بعد القبض إلا في مواضع
٣٥١ قبول قول منكر الاقباض وإن أقر بالهبة	٣١٥ اشتراط اذن الواهب في صحة القبض
٣٥٣ كتاب السبق والرماية	٣١٧ من يتولى القبض في الهبة للمصغير
فائدة السبق والرماية	٣١٩ كيفية القبض في هبة المشاع
٣٥٥ نقل روايات السبق والرماية	٣٢١ جواز تفضيل بعض الأولاد
٣٥٩ لزوم عقد السبق والرماية وجوازه	٣٢٣ دلالة النصوص على جواز التفضيل من دون كراهة
٣٦١ وجوب الاقتصار على مورد النص في السبق والرماية	٣٢٥ كراهة تفضيل بعض الأولاد مع اعسار الواهب
٣٦٣ مصاديق ما دل عليه النص	٣٢٧ عدم جواز الرجوع في هبة ذي الرحم
٣٦٥ حكم المسابقة بغير المنصوص من دون عوض	٣٢٩ لزوم الهبة المعوضة
٣٦٧ بيان أسماء خيل الحلبة ووجه التسمية	٣٣١ جواز رجوع الواهب على تقدير عدم وفاء المتهب بالشرط
٣٦٩ بيان الاصطلاحات في أسماء السهام	٣٣٣ هبة الزوجين للآخر
٣٧١ بيان أوصاف السهم عند الاصابة للمغرض	٣٣٥ لزوم الهبة بالتصرف وعدمه
٣٧٣ تفسير الغرض والهدف	٣٣٧ أدلة القائلين بلزوم الهبة بالتصرف مطلقاً
	٣٣٩ الجواب عن أدلة القول باللزوم بالتصرف مطلقاً
	٣٤١ نقل حجة القول بالتفصيل

الصفحة	الصفحة
٤١٣ عدم نفوذ وصية من جرح نفسه بما فيه هلاكة	٣٧٥ كتاب الوصايا
٤١٧ شرايط الموصى به	معنى الوصية لغة
٤١٩ اشتراط أن لا يكون الموصى به زائداً عن الثلث	٣٧٧ الأخبار الواردة في البحث على الوصية
٤٢١ جواز الوصية بالزائد عن الثلث مع اجازة الورثة	٣٨١ تفسير ما تضمنته أخبار الوصية
٤٢٣ حكم اجازة بعض الورثة في الوصية بالزائد	٣٨٣ تعريف الوصية
٤٢٥ كون اجازة الوارث بعد موت الموصى تنفيذاً للوصية	٣٨٥ وقت انتقال الموصى به الى ملك الموصى له
٤٢٧ تعيين وقت تقدير الثلث	٣٨٩ بيان ثمرة تعيين وقت الانتقال
٤٢٩ دخول دية الخطأ وارث الجناية في الوصية	٣٩١ عدم الفرق بين وقوع القبول قبل موت الموصى أو بعده
٤٣١ دلالة الروايات على كون الدية من جملة أموال الميت	٣٩٣ حكم وقوع الرد بعد الموت والقبول وقبل القبض
٤٣٣ صحة الوصية بالمضاربة بتركته	٣٩٥ انتقال حق قبول الوصية الى ورثة الموصى له لو مات
٤٣٥ خروج الواجب المالي من أصل التركة وان لم يوص	٣٩٧ عدم الدليل على كون الوصية عقداً يحتاج الى الايجاب والقبول
٤٣٧ الوصية بعدة امور لانفي بها التركة	٣٩٩ انتقال الوصية الى وارث الموصى له اذا مات بعد الموصى
٤٣٩ دخول النقصان على الأخير في صورة تعدد الوصية	٤٠١ كيفية انتقال الوصية الى الورثة
٤٤١ نقل كلمات الفقهاء في الوصية المتعددة الزائدة على الثلث	٤٠٣ عدم لزوم الوصية ما دام الموصى حياً
	٤٠٥ كيفية الرجوع في الوصية
	٤٠٧ بيان شرايط الموصى
	٤٠٩ وصية من بلغ عشر سنين

الصفحة	الصفحة
٤٧٩ الر جوع في تفسير الوصية بلفظ مبجمل الى الوارث	٤٤٣ حمل الاطلاق على الوصية الصحيحة
٤٨١ ثبوت الر خصه في الوصية بالثلث من دون كراهه	٤٤٥ حكم الوصية بعق مماليكه ومن جملتهم من هو مشترك
٤٨٣ عدم اشتراط كون الموصى به موجوداً بالفعل حين الوصية	٤٤٧ اجازة الوارث الوصية بالنصف ثم دعواه قلة المال
٤٨٥ تقويم المنافع الموصى بها	٤٤٩ الوصية بثلث ماله مشاعاً
٤٨٧ نقل الأقوال في الوصية بالمنفعة المؤيدة	٤٥١ انصراف الوصية بما يقع اسمه على المحلل والمحرم الى المحلل
٤٨٩ من يجب عليه نفقة العبد الموصى بمنافعها مؤبده	٤٥٣ صحة الوصية بالكلاب المملوكة
٤٩١ الوصية بقوس وله قسي مختلفة	٤٥٥ الوصية بالجزء
٤٩٣ اختيار الوارث في تعيين شيء من الأشياء المتساوية	٤٥٧ دلالة بعض الروايات على تفسير الجزء بالعشر
٤٩٥ قبول شهادة عدول أهل الذمة في الوصية في السفر اذا لم يوجد مسلم	٤٥٩ ما يدل على كون المراد من الجزء سبعاً
٤٩٧ صراحة الروايات في اعتبار السفر في قبول شهادة الذمي	٤٦١ كون الوصية بالسهم وصية بالثمن
٤٩٩ شرايط قبول شهادة الذمي	٤٦٣ رد ما يدل على كون السهم غير الثمن
٥٠١ ثبوت الوصية بالمال بشاهد ويمين	٤٦٥ الرجوع الى الوارث في الوصية بكثير
٥٠٣ عدم قبول شهادة النساء منفردات في الوصية بالولاية	٤٦٧ صرف الوصية في وجوه البر على تقدير تعذره في الوجه الموصى به
٥٠٥ قبول شهادة عبيده على حمل أمته منه وكراهه استرقاق الحمل لهما	٤٦٩ دخول الجفن والحلية في الوصية بالسيف
	٤٧١ المناقشة فيما ذكره الشيخ
	٤٧٣ الوصية في سبيل الله
	٤٧٥ تفسير سبيل الله
	٤٧٧ الوصية باخراج بعض ولده عن ميراثه

الصفحة	الصفحة
٥٤٣ الوصية لأم ولده	٥٠٧ شهادة الوصي فيما هو وصي فيه
٥٤٥ اقتضاء اطلاق الوصية التسوية	٥٠٩ صور الوصية بالعتق
٥٤٧ وصية الانسان لذوي قرابته وأهل بيته	٥١١ حكم الوصية بعتق الرقبة المؤمنة
٥٤٩ تفسير معنى القرابة	٥١٣ صرف الوصية في وجوه البر اذا لم تف بالمعين وكذا الزايد عنه
٥٥١ صحة الوصية للحمل الموجود وان لم تحله الحياة	٥١٥ اشتراط وجود الموصى اليه حال الوصية
٥٥٣ انتقال الوصية الى ورثة الموصى له ان مات قبل الموصى	٥١٧ صحة الوصية للوارث والأجنبي
٥٥٥ بطلان الوصية بموت الموصى له قبل الموصى مع عدم وارث له	٥١٩ بيان الأقوال في الوصية للذمي
٥٥٧ حكم موت الموصى له بعد الموصى مع عدم وارث له	٥٢١ عدم منافاة النهي عن موادة الذمي للوصية له
٥٥٩ أدلة القول باعتبار العدالة في الوصي	٥٢٥ الوصية للحربي
٥٦١ اقتضاء اشتراط العدالة ابتداء الاستدانة	٥٢٧ الوصية لمملوك الأجنبي ومدبره
٥٦٣ بيان مواضع اشتراط الحرية والاسلام في الوصي	٥٢٩ وصية الانسان لمكاتبه
٥٦٥ صحة تصرف الوصي البالغ قبل بلوغ الصغير المنضم اليه	٥٣١ وصية الانسان لمملوكه
٥٦٧ حكم الوصاية الى اثنين	٥٣٣ د تفصيل الشيخين في وصية الانسان لمملوكه
٥٦٩ اقتضاء اطلاق الوصية الى اثنين الاجتماع	٥٣٥ وصية الانسان بعتق مملوكه وعليه دين
	٥٣٧ نقل النصوص الواردة في الملقام
	٥٣٩ نقل الأقوال في الوصية بالعتق وعليه دين
	٥٤١ نقل الأقوال في العتق المنجز وعليه دين

الصفحة	الصفحة
٦٠١ دلالة الروايات على خروج المنجزات من الأصل	٥٧١ تشاح الوصيين في صورة وجوب الاجتماع
٦٠٣ ترجيع ما دل على خروج المنجزات من الأصل	٥٧٣ وجوب ضم الحاكم الى أحد الوصيين لو تعذر الآخر
٦٠٧ المناقشة فيما دل على خروج المنجزات من الثلث	٥٧٥ جواز رد الوصية ما دام الموصي حياً
٦١١ صراحة ما دل على خروج المنجزات من الأصل	٥٧٧ عدم جواز رد الوصية بعد موت الموصي
٦١٣ نقل الأقوال في حكم إقرار الانسان في مرض موته	٥٧٩ وجوب قبول الابن وصية الأب اذا دعاه الى قبوله وكذا غيره مع الانحصار
٦١٥ نقل أدلة الأقوال	٥٨١ كون الوصي أميناً
٦١٧ الاشارة الى الروايات الواردة في المقام	٥٨٣ عدم جواز أخذ الوصي ماله على الميit من تحت يده إلا بالبيئنة
٦٢٥ صحة الوصية بجميع المال اذا لم يكن له وارث	٥٨٥ جواز مقاصة الوصي ماله على الميit من تحت يده
٦٢٩ عدم ضمان الوصي مقدار الدين مع العزل وعدم التفريط	٥٨٧ جواز ايضاء الوصي لو أذن له الموصي
٦٣١ حكم انتقال من ينعتق على المريض اليه	٥٨٩ ثبوت النظر للحاكم في أموال الميit وأطفاله إن لم يكن له وصي
٦٣٣ صحة الوصية بالاشارة	٥٩١ نقل النصوص الواردة في المقام
٦٣٥ كفاية الكتابة في صحة الوصية مع التمكن من اللفظ	٥٩٣ جواز تولي الثقة لامور الميit اذا لم يكن له وصي
٦٣٧ وجوب تنفيذ ما يجده الورثة من وصيته بخطه	٥٩٥ نقل الأقوال في وقت اعتبار الشروط في صحة الوصاية
	٥٩٧ الاشكال بكون الوصية عقداً
	٥٩٩ حكم منجزات المريض

ج ٢٢ فهرس الجزء الثاني والعشرين من الحقائق الناضرة ٦٦٧

الصفحة	الصفحة
٦٤٧ جواز مقاسمة الوصيين وعده	٦٣٩ استحباب عتق من ضربه السيد من المملوك
٦٤٩ حكم عدم كفاية الثلث في الوصية بالعتق والحج والتصدق	٦٤١ جواز شراء الوصي ما يبيع من مال الميت
٦٥١ بيان ما تضمنته رواية صاحب السابري	٦٤٣ جواز عدول الموصي عن أصل الوصية أو كفيته
٦٥٣ اشهاد النبي «ص» في وصيته الى علي «ع» أربعة من عظماء الملائكة	٦٤٥ تقديم الكفن على ما بعده والدين على الوصية



منشورات دار الكتب في بيروت - لبنان

اسم الكتاب	المؤلف	اسم الكتاب	المؤلف
جوامع الجامع في تفسير القرآن	الطبرسي	اصول الكافي ١ - ٢	للشيخ الكليني
مصادر وأسانيد نهج البلاغة	عبد الزهراء الخطيب	فروع الكافي ٣ الى ٧	للشيخ الكليني
شرائع الاسلام ١ - ٤	العلامة الحلي	روضة الكافي	من لا يخضره الفقيه ١ - ٤
جامع الرواة	الأردبيلي	للشيخ الصدوق	التهذيب ١ - ١٠
معالم التوحيد	العلامة الشيخ جعفر سبحاني	الاستبصار ١ - ٤	الشيخ الطوسي
معالم الحكومة الاسلامية	جعفر سبحاني	ضياء الصالحين	الجوهري
معالم النبوة	جعفر سبحاني	عمار بن ياسر صدر الدين شرف الدين	الإسلام وأسس التشريع
مفاتيح الجنان	عباس القمي	عبد المحسن فضل الله	مقتل الحسين
الباقيات الصالحات	عباس القمي	حجر بن عدي	عبد الله السبيعي
الأنوار البهية	عباس القمي	سلمان الفارسي	عبد الله السبيعي
فرق الشعة	الويعتي	عمار بن ياسر	عبد الله السبيعي
حق اليقين	العلامة عبد الله شير	مذهب أهل البيت	محمد الحيدري
تذكرة الخواص	سبط بن الخوزي	كيف تكسب الأصدقاء	محمد الحيدري
ثواب الأعمال وعقابها	علي دخیل	النكت الاعتقادية	جعفر النقدي
مناقب الإمام علي	ابن المغازلي التافعي	علي الأكبر	محمد علي عابدين
أدعية وأعمال شهر رمضان	إعداد الدار	من ذا وذاك	محمد جواد مغنية
١٠٠ شاهد وشاهد	عبد الزهراء الخطيب	شبهات الملعدين	محمد جواد مغنية
الاستنصار	الكراجكي	مصدر الوجود	جعفر سبحاني
الوصية الخالدة	عباس الموسوي	فلسفات إسلامية	بسام مرتضى
تلخيص المحصل	نصر الدين الطوسي	طب الإمام الصادق	محمد الخليلي
معالم العلماء	اس شهابي	الأخلاق عند الإمام الصادق	محمد أمين زس الدين
كنز الفوائد ١ - ٢	الكراجكي	الحياة الجنسية في الإسلام	صباح العدي
المستعنة واثرها في الاصلاح	توفيق الفكيكي	كف النعمة في معرفة الأئمة الأربلي	سعد السعود
اسرار الصلوة	الميرزا جواد ملكي	مناقب آل أبي طالب	اس شهابي
المختصر النافع من فقه الامامية	المطهر الحلي	العصول المختارة	الشيخ المنجد
الحقائق الناضرة في فقه العترة	الطاهرة ١ - ٢٠	الانتصار	الزبدي المرتضى
الشيخ يوسف البحراني		مبادئ الوصول إلى علم الأصول	العلامة الحلي



